

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

THÈSE DE DOCTORAT

**Des cas dans lesquels
Le Ministère public peut agir
d'office en matière civile**

Présentée et soutenue le 8 décembre 1941, à 13 h. 30.

PAR

Lucette RANGER

JURY :

Président : M. JULLIOT DE LA MORANDIERE.

Suffragants :

MM. DONNEDIEU DE VABRES, Professeur.

ESMEIN, Professeur.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

158-160, RUE SAINT-JACQUES

1941

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

THÈSE DE DOCTORAT

**Des cas dans lesquels
Le Ministère public peut agir
d'office en matière civile**

Présentée et soutenue le 8 décembre 1941, à 13 h. 30.

PAR

Lucette RANGER

JURY :

Président : M. JULLIOT DE LA MORANDIERE.

Suffragants :

MM. DONNEDIEU DE VABRES, *Professeur.*
ESMEIN, *Professeur.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

158-160, RUE SAINT-JACQUES

—
1941

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Auprès de la Cour de cassation, des cours d'appel et des tribunaux civils d'arrondissement, sont établis certains magistrats qui exercent de très importantes fonctions, bien qu'ils ne soient pas appelés à juger, ce sont les représentants du ministère public. Le ministère public joue également un rôle considérable devant les tribunaux administratifs et criminels, mais nous n'étudierons que ses fonctions en matière civile.

Les membres du ministère public sont, comme le dit l'article 1^{er}, titre 8, de la loi du 16 août 1790, les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, ils dépendent du Gouvernement et en reçoivent des ordres, mais ce sont aussi des magistrats de l'ordre judiciaire, chargés de représenter les intérêts généraux de la société.

En matière civile, ils ont des attributions extra-judiciaires qui sont nombreuses et variées et se rapportent à la bonne administration de la justice et, surtout, des attributions judiciaires. Devant les tribunaux, le ministère public s'exerce, soit par voie de réquisition, soit par voie d'action.

Quand le ministère public use de la voie de réquisition, il intervient dans un procès déjà pendant pour prendre communication du dossier et donner son avis sous forme de conclusions. On dit alors qu'il est partie jointe, en fait, il n'est pas partie au procès, il y intervient pour éclairer les juges et faire en sorte que la loi soit bien interprétée et appliquée, mais là se borne son rôle, il ne peut se substituer aux parties en cause, ni ajouter à leurs conclusions, ni exercer les voies de recours qui leur sont ouvertes.

Il peut cependant, comme le juge lui-même, soulever d'office les exceptions et moyens touchant à l'ordre public. Les parties peuvent le récuser.

C'est par la voie de réquisition que le ministère public agit normalement en matière civile; l'article 2, titre 8, de la loi du 16 août 1790 dit : « Au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère, non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition dans les procès dont les juges auront été saisis ».

Le ministère public est tenu de prendre communication de certaines causes énumérées par l'article 83 du Code de procédure civile, il peut se faire communiquer toute autre cause s'il le juge nécessaire et il doit le faire si le tribunal l'ordonne.

Le ministère public n'agit pas seulement par voie de réquisition en matière civile, il use également de la voie d'action, mais cela exceptionnellement.

Le ministère public, lorsqu'il use de la voie d'action, joue dans le procès le rôle de demandeur ou de défendeur, on dit qu'il est partie principale et il jouit des mêmes droits que les parties privées. Il ne peut être recusé car il est considéré, non comme un magistrat, mais comme un plaideur et l'on ne peut recuser son adversaire, il peut, par contre, recuser les juges, sa présence aux mesures d'instruction est obligatoire et il peut exercer toutes les voies de recours contre la décision intervenue. Il n'est cependant pas considéré comme un plaideur ordinaire, en ce sens que, s'il succombe, contrairement à la règle qui veut que la partie perdante soit condamnée aux dépens, seuls les frais par lui exposés sont payés par l'Etat et l'adversaire doit acquitter ses propres dépens (Cass., 17 septembre 1825 et 3 juillet 1838).

Le ministère public ne peut agir d'office comme partie principale que dans certains cas, ce sont ces cas qui feront l'objet de notre étude.

Le texte fondamental en la matière est l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, ainsi conçu : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements,

il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ».

Ce texte est célèbre car son interprétation a donné lieu à une controverse des plus âpres. Il peut, en effet, signifier, soit que le ministère public n'agit d'office que dans les cas spécifiés par la loi, soit qu'il agit, et dans ces cas, et dans les circonstances d'ordre public.

L'intérêt de la controverse tient à ce que ces deux interprétations, s'appuyant chacune sur des arguments solides, aboutissent à des résultats totalement opposés.

D'après l'une, en effet, le ministère public ne peut agir d'office en matière civile que d'une manière tout à fait exceptionnelle, dans les seuls cas spécifiés par la loi, ces cas étant relativement peu nombreux.

D'après l'autre, l'action d'office peut s'exercer, sinon normalement, du moins dans de très larges limites. C'est que, dans cette dernière interprétation, il ne s'agit pas d'attribuer au ministère public le droit d'agir d'office à la fois dans les cas spécifiés individuellement par la loi et dans une série de cas présentant un caractère commun et reconnaissables grâce à un critérium certain, cela ne ferait qu'étendre le champ de son droit d'action tout en le laissant parfaitement déterminé. Il n'en est pas ainsi parce que, pour reconnaître et déterminer les cas dans lesquels on prétend que le ministère public peut agir d'office sans qu'un texte spécial l'y autorise, il faut faire appel à la notion d'ordre public.

Or, la notion d'ordre public est extrêmement incertaine et imprécise, il est classique de l'affirmer et le nombre et la variété des définitions que l'on a données de l'ordre public en sont, déjà, des preuves.

Pour certains, l'ordre public c'est l'ordre dans l'Etat, cet ordre étant « l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'exercice ou au fonctionnement de l'Etat » (Capitant), ou bien, dans une conception beaucoup plus large, « l'organisation politique, sociale, économique et morale du pays, telle que le législateur, organe de la conscience publique et gardien de l'intérêt général, l'a conçue » (W. L., note D. 1908, 2, 34). Pour d'autres, l'ordre

public c'est « l'intérêt général » (Planiol), « l'intérêt public » (Laurent), ou « l'intérêt social » (Duguit), ce qui ne précise pas grand chose, en admettant qu'il soit possible de préciser.

Quoi qu'il en soit, ainsi que l'a dit M. Julliot de la Morandière, « la notion d'ordre public est celle qui traduit la nécessité de l'ordre et de la paix au sein de l'Etat », elle apparaît comme une notion de protection, car on y fait appel pour affirmer la prééminence des règles dont l'application intéresse essentiellement la société et des intérêts généraux sur d'autres règles de droit et d'autres intérêts.

Cela étant, reste à savoir quelles sont ces règles essentielles et les exigences des intérêts généraux, et c'est parce que cela est très difficile que la notion d'ordre public est incertaine et ondoiyante et que chacun peut s'en faire une conception particulière.

De plus, les nécessités et l'organisation sociales variant suivant les époques et les pays, l'ordre public est lui-même essentiellement variable.

La notion d'ordre public intervient dans différents domaines.

En matière civile, l'article 6 du Code civil déclare : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ; l'article 1131 prive d'effet l'obligation dont la cause est illicite et l'article 1133 précise que la cause est illicite « quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » ; enfin, l'article 686 prohibe la constitution de servitudes contraire à l'ordre public.

En procédure, si l'on écarte pour le moment l'article 46 de la loi de 1810, la notion d'ordre public intervient encore de diverses manières. L'article 83 du Code de procédure civile ordonne la communication au ministère public des causes intéressant l'ordre public ; d'autre part, tous les moyens d'ordre public peuvent être, par exception au principe de la « neutralité » judiciaire, être soulevés d'office par le juge, ces moyens d'ordre public peuvent aussi fonder un pourvoi en cassation, lors même qu'ils n'auraient pas été discutés en première instance ou en appel.

En matière de conflits de lois, la notion d'ordre public est parfois invoquée pour expliquer le caractère rétroactif de certaines lois qui, par exception à l'article 2 du Code civil, portent atteinte à des droits acquis, mais elle intervient surtout en droit international privé et permet de trancher certains conflits de lois dans l'espace au profit de la loi française qui s'applique alors à l'exclusion de toute loi étrangère.

Dans toutes ces hypothèses, la notion d'ordre public joue le même rôle, elle permet de trancher un conflit existant, sur le terrain du droit privé et de la procédure, entre la loi et la volonté des particuliers, sur le terrain des conflits de lois entre la loi française et soit une autre loi française plus ancienne, soit une règle de droit étrangère, locale ou coloniale.

La notion d'ordre public traduit la prééminence de la règle juridique française.

Mais, dans un cas donné, à quoi reconnaît-on qu'une règle de droit est d'ordre public et doit prévaloir ?

Sur le terrain du droit privé, les auteurs classiques, se basant sur l'article 6 du Code civil, qui est le texte fondamental en la matière, distinguent entre les dispositions d'ordre public et les dispositions d'intérêt privé.

Les dispositions d'ordre public sont celles auxquelles on ne peut déroger, mais, que l'on ne puisse y déroger n'est qu'une conséquence de leur caractère d'ordre public et, d'autre part, ce n'est pas un critérium car, lorsqu'une disposition, d'après ses termes mêmes, est impérative, ce n'est pas nécessairement parce qu'elle est d'ordre public, car, aussi, le caractère impératif n'est pas expressément conféré à des dispositions que, comme celles des articles 1382 et suivants, l'on considère comme étant d'ordre public. Or, les auteurs classiques considèrent que les dispositions d'ordre public, qui sont impératives, doivent être exceptionnelles par rapport aux dispositions d'intérêt privé, car le principe de l'autonomie de la volonté exige que les lois ne soient qu'interprétatives ou supplétives de la volonté des particuliers. Ils ont donc cherché un critérium permettant de les reconnaître à coup sûr ; pour eux, les dispositions d'ordre public sont

celles qui intéressent la société dans son ensemble plutôt que les individus, qui s'inspirent de l'intérêt général plutôt que de l'intérêt des particuliers. Ce critérium n'est guère certain car l'intérêt général et l'intérêt individuel sont si étroitement liés qu'il est difficile de dire lequel prédomine dans une hypothèse particulière.

Pour préciser quelles sont les dispositions d'ordre public, les auteurs classiques en sont donc réduits à les énumérer et ils le font selon leurs conceptions propres de l'ordre public. Les règles d'organisation de l'Etat sont toujours considérées comme étant d'ordre public; viennent ensuite, avec des discussions, les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes, à la protection des tiers, à l'organisation économique du pays et au régime des biens.

En fait, il est impossible d'énumérer à l'avance quelles sont les dispositions d'ordre public, car la notion d'ordre public correspond à des nécessités sociales variables, souples et imprécises et c'est à la jurisprudence de discerner dans quels cas l'ordre public est intéressé, cela d'autant plus que l'on admet que la notion d'ordre public n'est pas nécessairement légale, qu'une convention peut être déclarée contraire à l'ordre public et annulée, bien qu'elle ne déroge à aucune disposition légale.

D'autre part, si l'on considère qu'une disposition est d'ordre public du point de vue de l'article 6 du Code civil, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'on lui reconnaisse ce même caractère sur le terrain de la procédure ou des conflits de lois, car, si la notion d'ordre public suppose un conflit entre deux sources de droit, les éléments de ce conflit ne sont pas toujours les mêmes. La notion d'ordre public s'applique de manière différente suivant le domaine dans lequel elle intervient.

Quoi qu'il en soit, il apparaît que, si l'on fait appel à la notion d'ordre public pour permettre au ministère public d'agir d'office, l'action d'office aura un domaine beaucoup plus large et plus imprécis que si elle n'était possible que dans les cas spécifiés par la loi car on a pu dire : « il n'est rien d'élastique comme l'ordre public et l'intérêt général, on

les retrouve dans la plupart des procès civils qui, tous ou presque tous, y touchent par quelques points ».

Or, cela est-il nécessaire ou même seulement souhaitable ?

Du point de vue de l'article 6 du Code civil, la notion d'ordre public permet au juge d'annuler certaines conventions à la demande des intéressés, peut-on, ce qui est beaucoup plus grave, l'invoquer afin de permettre au ministère public d'entraîner les particuliers devant les tribunaux pour leur imposer le respect de certaines règles ?

La question est fort délicate. Tout d'abord, elle met en jeu la conception que l'on peut avoir de la justice civile.

Si l'on considère que les tribunaux civils ont été institués afin de dire le droit et de mettre fin aux contestations entre particuliers à la demande des intéressés, si l'on pense que le juge doit avoir un rôle purement passif parce qu'il appartient aux parties seules de faire valoir leurs droits patrimoniaux et familiaux de déclencher et de conduire le procès, on ne peut concevoir que le ministère public puisse jouer un rôle actif dans les procès civils, au lieu et place des intéressés et contre leur gré, hors des cas où, exceptionnellement et en raison d'un intérêt d'ordre public particulièrement grave, le législateur lui en a reconnu expressément le droit.

Si l'on pense, au contraire, que la tâche de la justice doit être, non seulement de donner satisfaction aux particuliers, par la reconnaissance de leurs droits, mais surtout de leur imposer le respect, sinon de toutes, du moins de certaines règles de droit, on comprend alors que les tribunaux civils puissent être saisis par l'intermédiaire d'un magistrat représentant la société et que celui-ci puisse leur demander d'imposer le respect de l'ordre public.

D'autre part, le ministère public n'est pas seulement un magistrat de l'ordre judiciaire, gardien des intérêts généraux de la société, il est aussi un agent de l'Etat, un fonctionnaire, et l'on sera tenté de lui reconnaître des pouvoirs plus ou moins étendus suivant que l'on sera plus ou moins favorable à l'intervention de l'Etat dans les affaires privées. Nous verrons que la jurisprudence relative au droit d'action du ministère public a été influencée à certaines époques par

l'affaiblissement ou l'accroissement de l'autorité gouvernementale.

Le problème que pose l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 est donc grave et l'on ne peut y répondre avant d'en avoir étudié les divers éléments.

Il importe, tout d'abord, de rechercher, rapidement, il est vrai, car une étude approfondie exigerait de longs travaux, ce qu'ont été les pouvoirs du ministère public, en matière civile, antérieurement à 1810. L'institution du ministère public est, en effet, fort ancienne et remonte au ^{xiv}^e siècle et l'étude de la tradition historique est susceptible de nous aider dans l'interprétation de la loi de 1810.

Après avoir étudié l'action d'office du ministère public dans les cas spécifiés par la loi visés par le premier alinéa de l'article 46 de la loi de 1810, nous aborderons la controverse relative au second alinéa de cet article. Nous examinerons ensuite la jurisprudence, et les renseignements que nous recueillerons nous permettront de faire le point et de conclure dans un dernier chapitre.

L'ACTION D'OFFICE DU MINISTÈRE PUBLIC DANS L'ANCIEN DROIT

Les textes de l'ancien droit qui ont trait à l'action d'office du ministère public en matière civile sont fort rares et susceptibles d'interprétations diverses. Cependant, il semble certain que « Messieurs du Parquet » ne pouvaient agir d'office que dans des cas spéciaux et non pas en vertu d'un principe général.

Le texte fondamental en la matière est l'ordonnance de Philippe V du 18 juillet 1319, dont l'article 30 est ainsi conçu : « *Praeterea nolumus in expresse prohibemus procuratoribus nostris, ne ipsi in causis quibuscumque apponant se, aut partem facere praesumant nisi de patrimonio aut alio jure nostro sine fraude agatur, vel jus publicum requirat* ». Défense est donc faite aux procureurs du roi d'agir dans quelque cause que ce soit, sauf s'il s'agit de défendre les intérêts de la couronne ou si le « *jus publicum* » l'exige.

Les mots : « *jus publicum* » ont donné lieu à controverse, pour certains auteurs ils signifient « ordre public » et l'Ordonnance de 1319 aurait donc conféré au ministère public le pouvoir d'agir d'office dans l'intérêt de l'ordre public et sans autre condition ; pour d'autres, il signifient « droit public », ce qui restreint singulièrement le champ de l'action d'office.

Les partisans de la première interprétation invoquent divers arguments (Voir Alglave : Action du ministère public en matière civile, p. 209 et suiv. Procureur général Dupin : D. 1862-1-19). Ces arguments sont tirés de textes anciens, notamment de l'ordonnance de 1667 et des lettres patentes du 20 septembre 1766.

Le titre 20 de l'ordonnance de 1667 est relatif aux actes de l'état civil et l'art. 14, visant le cas où les registres sont perdus ou n'ont pas été tenus, dispose qu'il pourra y être suppléé tant par titres que par témoins.. « sauf à la partie à vérifier le contraire, même à nos procureurs généraux et à nos procureurs sur les lieux, sauf quand il s'agira des capacités des bénéficiers, réceptions, serments, installations aux charges et offices ».

Quant aux lettres de 1766, elles chargent le ministère public d'agir devant des commissions spéciales contre les usurpateurs de titres de noblesse.

Ces textes montreraient que le ministère public pouvait agir pour la défense de l'ordre public et feraient application à des cas spéciaux d'un principe général posé par l'ordonnance de 1319.

Les partisans de cette opinion extensive invoquent aussi quelques anciens auteurs.

Bonnier, dans son ouvrage sur l'ordonnance de 1667, déclare (p. 339 et 209) : « Les avocats ou procureurs généraux sont les défenseurs du roi et du public..

« Le procureur général peut être seul partie aux causes civiles et, alors, il ne peut être récusé ».

Dans Louët et Brodeau (lettre P, sommaire 39), on lit : « En cette cause, comme en toutes autres où le procureur général est seul partie soit criminelles, soit civiles, pour le domaine du Roy et autres publiques, on ne pouvait le récuser ».

Enfin Leprestre, dans ses *Questions Notables*, 1^{re} centurie, ch. 3, dit également : « C'est au procureur du roi seul et à ses substituts auxquels appartient la poursuite et la recherche de l'intérêt public, soit en matière civile, soit en matière criminelle ».

Tous ces textes prouvent-ils que le ministère public pouvait agir d'office au nom de l'ordre public? Cette opinion est difficilement admissible.

Tout d'abord, les mots « *jus publicum* » dans l'ordonnance de Philippe V peuvent-ils être traduits par : « ordre public »? Cela ne serait guère conforme à la tradition, quand on

rencontre ces mots dans les textes d'Ulpien, on les traduit par « droit public » et ils ont ce sens dans les ordonnances royales de la même époque. D'autre part, l'ordonnance de 1319 détermine les droits des officiers royaux à l'encontre des barons et communes du Rouergue, du Quercy et du Périgord ; or, elle réserve expressément les privilèges des justices seigneuriales relativement aux poursuites criminelles, et cela n'intéresse-t-il pas l'ordre public au plus haut degré ? (Voir Garsonnet, César-Bru, *Traité*, I, n° 207 et Debacq, *De l'action du ministère public*, p. 6 et suiv.).

Que penser alors de l'ordonnance de 1667 et des lettres patentes de 1766 ? Ne faut-il pas y voir, plutôt que la confirmation d'un principe que n'a certainement pas posé l'ordonnance de 1319, des textes accordant, par exception et dans des cas très spéciaux, le droit d'action d'office aux membres du parquet ?

Cette interprétation trouve un appui solide dans d'autres textes, parmi ceux-ci on cite l'ordonnance de Philippe VI de 1340, qui défend aux procureurs d'intervenir activement avant que le juge ait décidé et que toutes les parties aient été entendues, et la déclaration de décembre 1385 qui n'autorise le procureur général à porter devant le Parlement que les seules causes intéressant le roi.

A vrai dire, ces textes sont assez obscurs et peuvent avoir trait à d'autres questions ; l'ordonnance du 15 juillet 1493 apparaît comme beaucoup plus décisive ; dans son article 87, elle enjoint aux procureurs de ne faire « aucune adjonction que, premièrement, la matière n'ait été délibérée entre eux et qu'ils reconnaissent que nous avons droit et intérêt à ladite matière, dont nous chargeons leur honneur et leur conscience ».

Il est évident que l'ordonnance a été conçue dans un certain esprit de méfiance à l'égard de l'action au civil du ministère public, puisqu'elle lui impose une délibération préalable ; d'autre part, les affaires auxquelles le roi a « droit et intérêt » ne peuvent être que celles qui mettent en jeu les intérêts de la couronne. Enfin, la règle ainsi posée est si im-

portante qu'on en charge « l'honneur et la conscience des magistrats du parquet ».

Une ordonnance de décembre 1540 (art. 5) ordonne aux procureurs et avocats de tenir registre « de toutes matières où nous avons principal intérêt pour conservation de notre domaine et des choses qui en dépendent » ; cela n'implique pas que le ministère public n'ait pu agir en d'autres matières, cependant, l'ordonnance qui vise les cas où viennent à l'audience les affaires où il joue le rôle de partie principale, ne fait allusion qu'à ces causes intéressant le roi, ce qui serait étrange si le parquet avait eu un droit d'action très étendu.

Restent les textes des anciens auteurs ; ils n'offrent pas d'arguments très solides à l'appui de l'opinion extensive. Que les procureurs du roi, « défenseurs du roi et du public », d'après Bonnier, soient chargés, d'après Leprestre, « de la poursuite et de la recherche de l'intérêt public », cela n'implique pas, en admettant même qu'il s'agisse là, ce qui n'est pas certain, de ce que nous appelons l'ordre public, cela n'implique pas nécessairement un droit d'action, cela peut tout aussi bien se rapporter au rôle de partie jointe.

Quant à Louët et Brodeau, ils font allusion aux causes où le procureur général est seul partie « pour le domaine du roi et autres publiques », mais il est tout à fait certain que le ministère public avait le droit d'agir d'office dans certains cas spécifiés par les ordonnances ou la coutume et rien ne permet de supposer que ces auteurs visent un droit d'action beaucoup plus général. Cette supposition paraît même audacieuse, si l'on remarque que dans les ouvrages de pratique et de jurisprudence, comme ceux de Denizart et de Ferrières, si l'on trouve maints détails sur le rôle joué par le ministère public en matière criminelle, ce rôle, en matière civile, apparaît comme beaucoup moins important et encore ne s'agit-il que de celui de partie jointe.

Garat déclare : « Tout ce qui appartient à l'objet judiciaire s'introduit par la forme de conclusions » (Merlin, *Répertoire Ministère public*, § 3).

De même, si l'on trouve de nombreuses décisions rendues

sur simples conclusions du ministère public, on n'en trouve pas qui mentionnent son rôle comme partie principale.

Or, un tel silence ne s'expliquerait pas si les procureurs avaient eu le droit d'agir à la seule condition que l'ordre public fût en jeu, ce qui se serait traduit par un grand nombre d'instances et aurait posé de nombreuses questions pratiques.

Du reste, attribuer au ministère public des prérogatives très étendues en matière civile aurait été peu conforme aux conceptions que les juristes de l'Ancien Régime se faisaient des droits des particuliers. En effet, si les membres du parquet avaient pu agir d'office au nom de l'ordre public, ils auraient exercé leur contrôle sur les affaires privées pour rechercher toute transaction, tout acte juridique contraires à l'intérêt public, pour redresser toute situation contraire à la morale ou aux bonnes mœurs. Or, sous l'Ancien Régime, on se montrait fort respectueux des intérêts des particuliers et l'on avait quelque crainte des abus des gens du roi. Quand les parties intéressées avaient elles-mêmes saisi la justice, le juge possédait des pouvoirs assez larges ; mais on aurait répugné à entraîner les particuliers, malgré eux, dans des procès dont on attendait beaucoup plus de scandale et de chicane que de profit pour l'intérêt général et les intérêts privés. Ferrières disait : « Il y a bien plus de scandale dans la poursuite d'un manquement à la loi civile que dans le manquement lui-même ». Pothier, à propos de l'action en nullité de mariage, action que le ministère public pouvait indiscutablement intenter d'office, déclarait : « Les officiers qui sont chargés du ministère public ne doivent pas faire recherche de quelque nullité ignorée du public qui pourrait se rencontrer dans un mariage, pour attaquer ce mariage dont personne ne se plaint » (*Contrat de mariage*, n° 451).

Le Chancelier d'Aguesseau, lui-même, disait : « Tout magistrat est homme et où sont les hommes qui agissent par amour du bien public ? Le plus grand nombre n'agit que par intérêt ».

Enfin, la notion d'ordre public, fort imprécise de nos jours, n'a jamais été dégagée nettement dans l'Ancien Droit ; certes

il y avait des matières dont on disait qu'elles touchaient à l'intérêt public ou au bien commun, mais cela restait vague et il est douteux qu'on y ait fait appel pour justifier l'attribution au ministère public de prérogatives exorbitantes.

Il semble donc certain que les membres du parquet n'avaient pas, dans l'ancien droit, le droit d'agir d'office dans l'intérêt de l'ordre public. Il n'en reste pas moins qu'ils pouvaient se porter partie principale dans d'assez nombreuses affaires. Ils agissaient tout d'abord, et c'était leur attribution primitive, dans toutes les causes intéressant le roi et le domaine de la couronne, et également dans toutes celles qui concernaient les biens des bâtards et des absents ou les successions en déshérence, car il s'agissait de biens devant revenir à la couronne. Le ministère public agissait aussi, en matière civile, dans les cas prévus par les ordonnances royales ou la coutume.

C'est ainsi que, notamment, il pouvait agir en nullité de mariage, d'après la déclaration du 15 juin 1697, dans le cas d'un mariage célébré par un curé autre que celui des époux, et, d'une manière générale, d'après Pothier, lorsque le vice du mariage était public et causait un scandale public (*Contrat de mariage*, n° 451).

Il provoquait l'interdiction des faibles d'esprit et des prodigues qui dilapidaient leur patrimoine. Enfin, l'ordonnance de 1797 sur les substitutions lui permettait de requérir inventaire des biens substitués.

Le rôle du ministère public en première instance était donc limité, il n'en allait pas de même quand le procès avait été engagé par les parties privées, le procureur qui était alors « partie publique » avait le droit d'attaquer la décision intervenue et cela sans condition aucune. Guyot déclare : « Il a, à l'égard du recours à former dans sa qualité de partie publique, le même droit que les simples parties civiles, il peut former opposition à l'arrêt, interjeter appel s'il y échet ou se pourvoir par voie de cassation devant le Conseil du Roy ».

Le droit du ministère public est établi par de nombreux textes (Ordonnances de janvier 1340 et du 8 octobre 1385, arrêts de règlement de Paris, 1574, et Poitiers, 19 déc. 1559,

art. 17, titre 11 du règlement du Conseil de 1738; Chenu, *Recueil de règlements*, p. 287). Il s'exerçait de façon extrêmement large, le ministère public n'était pas lié par les conclusions prises en première instance, les déchéances opposables aux parties privées ne l'étaient pas à son égard.

A la fin de l'Ancien Régime, d'Aguesseau écrivait (lettre 278) : « Le roi ne soutenant ses causes que par le ministère de son procureur général, on a cru qu'il n'était pas juste que la négligence ou même la juste ignorance de son défenseur lui pût nuire, en conséquence, même après un jugement définitif, on reçoit le procureur général à produire de nouveaux titres et à faire juger une deuxième fois les mêmes questions qui ont déjà été jugées contre le roi ». On n'a d'ailleurs pas relevé d'application d'une théorie si contraire au principe de l'autorité de la chose jugée, mais cela montre bien la grande liberté laissée au ministère public dans l'exercice des voies de recours; remarquons qu'il n'avait pas à justifier d'un intérêt d'ordre public lésé.

Cette liberté pourrait surprendre au premier abord, puisque le ministère public ne pouvait agir en première instance que d'une façon limitée; cependant, l'explication est simple : on craignait que les gens du roi n'entraînaient les particuliers dans des procès, sources de tracasseries et de scandale; mais, quand les parties avaient elles-mêmes saisi les tribunaux, une telle crainte était sans raison, le recours exercé ne pouvait accroître le trouble dans la paix des familles, mais était au contraire utile à l'intérêt général.

Ainsi que le disait Garat : « le rôle des gens du roi est de s'opposer aux interprétations arbitraires, à cette jurisprudence versatile qui déshonorent la justice par la versatilité de leurs oracles. Le ministère public doit rappeler la loi au tribunal et en réclamer la pleine exécution ».

Quoi de plus utile, en effet, à l'intérêt général et à l'intérêt des plaideurs que la juste interprétation de la loi, il importe à la bonne administration de la justice que ne puisse se former une jurisprudence erronée, il importe donc de laisser au ministère public toute latitude pour y parvenir,

Tels apparaissent les pouvoirs du ministère public, agissant d'office en matière civile, dans l'ancien droit; droit d'action limité à des cas déterminés en première instance, mais liberté dans l'exercice des voies de recours.

L'ACTION D'OFFICE DU MINISTÈRE PUBLIC
DANS LE DROIT INTERMÉDIAIRE
JUSQU'À LA LOI DE 1810

L'institution du ministère public fut maintenue par l'Assemblée Constituante, mais dans un esprit de méfiance. Les magistrats du parquet restaient des agents royaux : les « commissaires du roi » ; on oubliait les services qu'ils avaient rendu pour ne voir en eux que les instruments fidèles de l'absolutisme royal ; l'hostilité contre cet « arbitraire » était violente, ils en prenaient leur part.

En matière criminelle, le ministère public n'eut plus que le droit d'être entendu sur l'accusation et de requérir dans l'intérêt de la loi, l'initiative lui fut enlevée et la charge de soutenir l'accusation fut confiée à des magistrats élus, les accusateurs publics.

Les paroles de Thouret devant l'Assemblée Nationale montrent bien quel état d'esprit inspirait cette réforme : « Dans une monarchie, le pouvoir résidant aux mains d'un seul, a toujours une tendance et des moyens qui peuvent devenir funestes aux droits et à la liberté de tous. Il faut se tenir attaché au principe de la démarcation sévère des fonctions entre le pouvoir exécutif et les représentants électifs du peuple ; en l'appliquant à l'accusation publique, on reconnaît tout d'abord, par la nature de cette fonction, qu'elle ne peut être une délégation de l'autorité constitutionnelle ».

Le ministère public fut supprimé par la Constitution du 29 juin 1793, rétabli le 5 fructidor an III et maintenu par

la Constitution du 22 frimaire an VIII, qui lui donna son organisation actuelle.

En matière civile, la loi du 16 août 1790 organisa les fonctions du ministère public, en fait « ce fut une loi politique plutôt qu'une loi judiciaire », son but était surtout de limiter les pouvoirs des agents du roi auprès des tribunaux.

L'article 2, titre VIII, est ainsi conçu : « au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère, non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition, dans les procès dont les juges auront été saisis ». Ces termes sont nets et posent catégoriquement le principe que le ministère public n'a, dans les procès civils, que le rôle de partie jointe, jurisprudence et doctrine s'entendent à le reconnaître.

Cependant, une opinion contraire et isolée fut émise par le procureur général Dupin devant la Cour de cassation lors des arrêts du 22 janvier 1862 (D. 1862-1-19). Le procureur général, partant de l'hypothèse suivant laquelle le ministère public aurait eu sous l'Ancien Régime le pouvoir quasi illimité d'agir d'office, prétendait que ce pouvoir était conservé par la loi de 1790. En plus de ses « fonctions judiciaires », consistant à jouer le rôle de partie jointe « dans les procès dont les juges sont saisis, le ministère public aurait été investi de « fonctions politiques », d'un ordre supérieur, pour la défense de l'ordre public et de l'intérêt social. Ces fonctions, la loi de 1790 n'aurait pu les supprimer puisque, dans l'art. 1^{er} du titre VIII, elle charge les commissaires du roi de « faire observer dans les jugements à rendre les lois qui intéressent l'ordre général et de faire exécuter les jugements rendus »; il ne s'agit pas là, comme dans l'art. 2, du rôle de partie jointe dans les procès engagés par les parties privées, il s'agit de faire observer la loi et « dans les jugements à rendre »; or, disait Dupin : « Qui veut la fin, veut les moyens, c'est en vain que le législateur de 1790 aurait recommandé au ministère public de veiller à l'exécution des lois s'il n'avait pas entendu lui donner les moyens d'action sans lesquels il lui serait impossible d'y parvenir ».

Il s'agissait, pour l'éminent procureur, de faire reconnaître au ministère public le droit d'agir d'office en rectification

d'actes de l'état civil, en particulier, et dans tous les cas intéressant l'ordre public, en général; et il semble que son attachement à la cause qu'il défendait lui ait inspiré des suppositions quelque peu audacieuses. En effet, les termes de l'art. 2 ne laissent place à aucune équivoque, ils ne font pas que reconnaître au ministère public le droit de réquisition, ils lui laissent « seulement » cette voie, à l'exclusion du droit d'action. L'art. 1^{er} ne fait qu'indiquer les dispositions des articles suivants et, s'il charge les commissaires du roi de faire observer « dans les jugements à rendre » les lois qui intéressent l'ordre général, il ne s'agit là, comme dans « les procès dont les juges sont saisis », que du droit de conclure comme partie jointe.

Si donc la loi de 1790 avait entendu maintenir les « fonctions politiques » du ministère public, ses termes ne laisseraient guère soupçonner pareille intention. Du reste, on connaît trop les sentiments des législateurs révolutionnaires à l'égard des commissaires du roi pour croire qu'ils aient pu songer un seul instant à leur conférer semblables prérogatives.

La loi de 1790 posait, sans nul doute, le principe que le parquet ne peut agir d'office au civil, cependant elle-même y apportait quelques exceptions.

L'art. 3 du titre VIII porte : « Les commissaires du roi seront chargés de veiller pour les absents indéfendus », cela implique plus que le rôle de partie jointe, car la première partie de l'article indique : « ils seront entendus dans toutes les causes des pupilles, des mineurs, des interdits, des femmes mariées... », mais il pourrait s'agir d'un droit de surveillance qui n'irait pas jusqu'à l'action d'office. Merlin ne cite pas le cas des absents indéfendus parmi les exceptions au principe de la loi de 1790, cependant la jurisprudence et la doctrine ont généralement admis le ministère public à agir en vertu de l'art. 3, comme elles l'admettent de nos jours en vertu de l'art. 119 du Code civil, qui contient la même disposition.

L'art. 5 du titre VIII de la loi de 1790 est ainsi conçu : « Les commissaires du roi, chargés de tenir la main à l'exé-

cution des jugements, poursuivront d'office cette exécution dans toutes les dispositions qui intéresseront l'ordre public ». Là encore, on s'est demandé s'il y avait attribution au ministère public du droit d'agir d'office ou simplement du pouvoir de prendre des mesures extra-judiciaires et l'on a admis la première solution. Cependant, on n'a jamais pensé à permettre au ministère public de faire exécuter d'office tout jugement intéressant de quelque manière que ce soit l'ordre public, alors que le bénéficiaire préférerait n'en pas poursuivre l'exécution, on ne peut songer à imposer aux particuliers, malgré eux, le bénéfice des décisions qu'ils ont provoquées. Le texte lui-même de l'article 5 montre que le pouvoir de poursuivre d'office l'exécution des jugements doit être restreint aux dispositions qui ne concernent pas les particuliers, et que ceux-ci, par conséquent, n'ont pas intérêt à faire exécuter, en effet, une disposition finale de l'art. 5, indique quelles mesures extra-judiciaires le ministère public peut prendre « en ce qui concerne les particuliers ». Le ministère public ne peut donc poursuivre d'office que l'exécution des décisions qui ne sont pas rendues au bénéfice des particuliers et qu'il est, par conséquent, seul qualifié pour faire exécuter; ces décisions sont les condamnations prononcées par les tribunaux civils contre les officiers de l'état civil, en vertu des art. 53, 156 et 157 du Code civil, les condamnations pour délits d'audience et toutes les condamnations disciplinaires. Ajoutons que le ministère public n'a pas à user très fréquemment de ce pouvoir, car, en général, l'exécution des jugements s'obtient sans qu'il soit nécessaire de revenir devant le juge.

La loi de 1790 apporte enfin une dernière exception au principe posé par l'art. 2 du titre VIII, l'art. 6 de ce même titre dispose : « Le commissaire du roi en chaque tribunal veillera au maintien de la discipline et à la régularité du service dans le tribunal... »

La jurisprudence et la doctrine ont admis que ce texte conférait au parquet, outre le droit de surveillance, le droit d'agir en matière disciplinaire contre les membres des tribunaux et les officiers ministériels qui y sont attachés. Merlin

cite et approuve des arrêts de Cassation du 22 germinal an XI et du 3 novembre 1806, d'après lesquels : « la disposition de l'article 2, titre 8, de la loi du 24 août 1790, en disant que les commissaires du roi n'exerceront leur ministère que par voie de réquisition, n'est point applicable au cas où il s'agit de la police des audiences » (Répertoire Ch. des avoués, n° 2). D'ailleurs, par la suite, diverses lois relatives aux officiers ministériels confirmèrent les pouvoirs du ministère public en matière disciplinaire.

Dans ces trois cas seulement, le ministère public pouvait agir d'office en vertu de la loi de 1790, certes, une limitation si rigoureuse prévenait de sa part tout excès de zèle, mais elle présentait des inconvénients. On s'aperçut vite que, devant certaines situations contraires à l'ordre public, le parquet était désarmé, alors que les particuliers se souciaient peu de saisir les tribunaux. La loi de 1790 avait dépassé son but, les abus n'étaient pas à craindre, mais les scandales n'étaient pas réprimés, aussi s'efforça-t-on de l'assouplir peu à peu. Des lois successives apportèrent de nouvelles exceptions au principe de l'art. 2.

L'art. 25 de la loi du 27 novembre 1790 chargea le commissaire du roi auprès du tribunal de cassation de se pourvoir contre les décisions définitives rendues en violation de la loi et que les parties n'ont pas attaquées dans les délais légaux, l'art. 88 de la loi du 21 ventôse an VIII contient la même disposition. L'art. 27, titre IV de la Constitution du 3 septembre 1791), permet le même recours contre tous les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs, mais le pourvoi ne peut dans ce cas être formé que sur ordre du Gouvernement et sans préjudice du droit des parties; on retrouve la même disposition dans l'art. 262 de la Constitution du 5 fructidor an III et dans l'art. 80 de la loi du 21 ventôse an VIII.

L'arrêté du 13 brumaire an X chargea les commissaires du roi de demander le renvoi devant l'autorité administrative des questions relevant de sa compétence qui sont soulevées devant les tribunaux civils.

L'art. 3 du décret du 2 floréal an III attribua au ministère public un rôle, peu important, dans une procédure de rectifi-

cation officieuse des actes de l'état civil des départements de l'Ouest.

Enfin, divers textes reconnurent au parquet des pouvoirs disciplinaires : sur les notaires (loi du 29 septembre, 6 octobre 1791), sur les avoués (arrêté du 21 thermidor an X), sur les commissaires priseurs (arrêté du 27 ventôse an IX), sur les huissiers (art. 37 de la loi du 1^{er} brumaire an XII).

Cependant, tous ces textes n'apportaient qu'une atténuation insuffisante à la rigueur de la loi du 16 août 1790, il y avait encore des lacunes graves dans la protection des intérêts généraux. D'autre part, les magistrats du parquet usaient de leurs pouvoirs avec beaucoup de modération et la défiance excessive dont ils avaient fait l'objet s'était largement atténuée; aussi le Code civil leur conféra-t-il le pouvoir d'agir d'office dans de nouvelles hypothèses. Quant aux rédacteurs du Code de Procédure civile, ils se préoccupèrent surtout de préciser les conditions d'exercice du rôle de partie jointe (art. 83) et n'accrurent pas sensiblement les pouvoirs du ministère public agissant comme partie principale.

Il n'en reste pas moins que les pouvoirs du parquet en matière civile se trouvaient élargis de façon notable; faut-il voir là un abandon du principe de la loi de 1790? Certainement non, car si les auteurs du Code civil, répondant à certaines exigences, ont attribué au ministère public le droit d'agir d'office dans certains cas déterminés, cela même montre qu'ils entendaient lui refuser ce droit dans les autres cas, d'autre part, même en l'accordant, ils voyaient le danger de ce droit d'action. Portalis, présentant l'exposé des motifs du titre du mariage, disait, à propos de l'action en nullité de mariage : « Gardons-nous de donner à cette censure, consentie au ministère public pour l'intérêt des mœurs et de la société, une étendue qui la rendrait oppressive et qui la ferait dégénérer en inquisition. Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire, quand il est subsistant ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indis-

crètes d'un délit ancien, obscur ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même » (Loué, t. IV, p. 514).

Et le tribun Duveyrier déclarait devant le Corps Législatif : « L'intérêt de la société est, sans contredit, que les crimes soient réprimés et que les preuves qui conduisent à leur répression ne dépérissent point, mais un plus grand intérêt commande que le repos de la société ne soit pas troublé sous prétexte de l'affermir » (Loué, t. IV, p. 309).

Ainsi, le principe de la loi de 1790 subissait des atténuations mais restait en vigueur et la jurisprudence continua à l'appliquer de manière unanime comme elle l'avait fait avant la promulgation du Code civil.

Un arrêt de Cassation, section des Requêtes, rendu le 12 décembre 1810 sur réquisition conforme de Merlin, fait observer que le ministère public n'a pas et n'aurait pu jouer le rôle de partie principale dans un procès relatif à une convention ayant pour objet de tourner la loi sur la conscription.

Deux arrêts seuls font exception à cette règle, ce sont les fameux arrêts de Bruxelles, 1^{er} août 1808, et Pau, 28 janvier 1809, que nous retrouverons, encore n'admettent-ils pas à proprement parler l'action d'office du ministère public dans un cas non prévu par la loi, mais font-ils seulement découler du droit d'agir en nullité de mariage conféré par l'art. 184 C. civ., le droit d'agir en validité de mariage légalement contracté.

C'est dans ces conditions que fut promulguée la loi du 20 avril 1810, dont l'art. 46, que sa fâcheuse rédaction devait rendre célèbre, est ainsi conçu :

« En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi.

« Il surveille l'exécution des lois et poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

S'il s'était réduit à son premier alinéa, l'article 46 n'aurait fait que résumer en une formule générale la législation antérieure, mais il en comporte un autre dont la première partie ne soulève pas de difficulté, car elle se réfère aux pouvoirs généraux de surveillance du parquet sur la bonne distribu-

tion de la justice et la régularité des procédures, et dont, par contre, la disposition finale a suscité une très violente controverse.

Le législateur de 1810, en chargeant le ministère public de poursuivre d'office l'exécution des lois, arrêts et jugements, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, n'a-t-il fait que le confirmer dans ses pouvoirs antérieurs, l'a-t-il, au contraire, investi du droit d'agir d'office dans tous les cas où l'ordre public est intéressé? C'est là tout le problème, et la portée que l'on attribue à l'al. 2 influe sur celle de l'al. 1^{er}, mais celui-ci, tout au moins, possède un sens certain, qu'il limite ou non le droit d'action du ministère public aux « cas spécifiés par la loi », il le reconnaît incontestablement dans ces cas. C'est donc l'alinéa 1^{er} de l'art. 46 de la loi de 1810 qu'il faut tout d'abord étudier.

L'ACTION D'OFFICE DU MINISTERE PUBLIC DANS LES CAS SPECIFIES PAR LA LOI

L'alinéa 1^{er} de l'art. 46 de la loi de 1810, qui déclare que « le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi », vise un certain nombre de dispositions antérieures ou postérieures à la loi de 1810, qui attribuent expressément au ministère public le pouvoir d'agir d'office pour la défense des intérêts de l'Etat ou des intérêts généraux de la société. L'étude de ces cas, expressément spécifiés, fera l'objet d'une première section car, ensuite, il sera bon d'examiner certaines hypothèses dans lesquelles on peut se demander si le droit d'agir d'office ne découle pas, au profit du ministère public, de textes spéciaux, bien que ceux-ci ne se prononcent pas formellement sur ce point.

SECTION I

Le ministère public agit d'office, en vertu d'un texte exprès, dans des hypothèses assez variées et son rôle ne se présente pas toujours sous le même aspect.

Tout d'abord, nous avons vu que, déjà sous l'empire de la loi du 16 août 1790, le ministère public pouvait agir d'office en matière disciplinaire, actuellement il exerce ces pouvoirs sur les avocats et les officiers ministériels en vertu des articles 68 et 76 du Code comm., 107, 132, 244, 307, 360, 512, 562, 1030, 1031 Code proc. civ., 102 et 103 du décret du 30 mars 1808, 35, 36, 98, 99 du décret du 14 juin 1813, 2 du décret du 29 août 1813, 18 de la loi du 25 mai 1838, 20 de la

loi du 2 juillet 1862, 4 du 8 décembre 1862 et 91 du décret du 20 juin 1920.

Il poursuit la condamnation des officiers publics ou des particuliers aux amendes édictées dans l'intérêt du Trésor, par les art. 50, 68, 156, 157 et 192 C. civ., 56, 213, 246, 247, 263, 314, 390, 419, 471, 479, 494, 1030 et 1039 Code proc. civ., 68 du Code comm., 2 de la loi du 16 floréal an IV, 13, 56, 57 du décret du 25 ventôse an XI, 50 du décret du 19 juillet 1810, 2 du décret du 29 août 1813.

Il est partie principale dans toutes les demandes relatives à la police des audiences (art. 89 et suiv. du Code proc. civ.).

Dans tous ces cas, le ministère public, bien qu'agissant devant les tribunaux civils, poursuit l'application des pénalités édictées par la loi et son rôle se rapproche de celui qu'il exerce en matière criminelle.

En matière purement civile, le ministère public exerce son rôle de partie principale de deux manières différentes.

Tout d'abord, il agit comme mandataire forcé de certaines personnes, pouvant ou devant agir ou se défendre par son intermédiaire.

Dans toute une série d'hypothèses, le ministère public est tenu d'agir comme représentant de l'Etat, pour la défense de ses intérêts.

Il en est ainsi en matière de conflit d'attribution : l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, qui abroge l'arrêté du 13 brumaire an X, charge le ministère public de transmettre, du préfet au tribunal, le déclinatoire de compétence; le ministère public est tenu de communiquer le déclinatoire, mais il ne requiert le renvoi que s'il lui paraît fondé. Si le préfet prend un arrêté de conflit, le ministère public doit également le transmettre au tribunal en Chambre du conseil et requérir qu'il soit sursis à toute procédure jusqu'à ce que le conflit soit tranché.

En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, la loi du 3 mai 1841 chargeait le procureur de la République de requérir du tribunal civil, à la demande du préfet, la prononciation de l'expropriation; depuis le décret du 8 août 1935, c'est le président du tribunal ou un juge délégué qui

prononce l'expropriation et il est directement saisi par le préfet.

En matière domaniale, le ministère public n'est plus, comme dans l'Ancien Régime, le contradicteur de quiconque élève une prétention sur le domaine de l'Etat; cependant il peut, en vertu de l'arrêté du 10 thermidor an IV, être chargé par le préfet de la défense des intérêts de l'Etat. Le préfet qui peut, s'il le préfère, constituer avoué, adresse au ministère public un mémoire contenant tous les moyens de défense; le ministère public lit le mémoire à l'audience et présente les moyens de défense, mais il conclut selon sa propre opinion. Son rôle se rapproche de celui que, dans les causes ordinaires, les avoués remplissent pour les particuliers, en ce sens que les attributions dont il est investi ont pour effet de rendre l'instance contradictoire (Cass. civile, 27 août 1828 : *Dalloz alph.*, Domaine de l'Etat, n^{os} 371 et 372), mais il ne rédige aucun acte de procédure, tout ce qui se rapporte à l'instruction doit être fait par le préfet (Cass., 24 juillet 1833).

Le ministère public joue un rôle analogue lorsqu'il est chargé, par les proviseurs des lycées et collèges d'Etat et par les directeurs des écoles d'arts et métiers, de poursuivre le recouvrement des sommes dues par les parents d'élèves (Décret du 1^{er} juillet 1809, art. 11. — Décret du 13 août 1903, art. 1^{er}. Circulaire de la Chancellerie du 17 juillet 1816 et note du 31 août 1908).

Enfin, en matière de recrutement, quand un appelé oppose à son appel sous les drapeaux une question préjudicielle relevant des tribunaux civils, le préfet peut se faire représenter par le ministère public (Loi du 19 ventôse an IV, art. 1^{er}; décisions ministérielles des 7 août 1816, 7 juin et 25 octobre 1878, 16 février 1906, loi du 31 mars 1928).

Dans ces diverses hypothèses, le ministère public, chargé de défendre les intérêts de l'Etat, n'agit qu'en vertu d'une délégation qu'il ne peut refuser, il doit présenter certaines prétentions mais, en vertu de l'adage : « la plume est servie mais la parole est libre », il est libre de conclure à leur rejet. Il n'est pas qualifié pour exercer les voies de recours et ses

conclusions ne constituent pas des fins de non-recevoir contre l'Etat.

Le ministère public agit également comme mandataire forcé mais, cette fois, au nom des particuliers, dans l'hypothèse très particulière prévue par l'art. 200 du Code civ. Quand la preuve d'un mariage a été détruite par falsification, destruction ou inscription de l'acte sur une feuille volante, elle peut être acquise à la suite d'une procédure criminelle dirigée contre l'officier de l'état civil où tout individu coupable. Mais les poursuites criminelles peuvent être rendues impossibles par le décès ou la démence du coupable ou par le jeu de la prescription; dans ce cas, l'action contre les héritiers ne peut plus avoir lieu que devant les tribunaux civils et l'art. 200 impose aux parties intéressées l'obligation de recourir au procureur de la République, qui devra agir sur leur demande. Cette prescription a un but d'intérêt général, il s'agit d'éviter une collusion entre les héritiers du prétendu coupable qui, du fait de leur auteur, n'encourent qu'une condamnation à des dommages et intérêts et les personnes intéressées à acquérir frauduleusement la preuve d'un mariage.

L'art. 200 ne vise que le cas où « l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude », mais il résulte des articles précédents qu'il s'applique également au cas où le coupable est un simple particulier et aussi aux cas de démence ou d'accomplissement de la prescription. Le procureur de la République n'agit pas en vertu d'un pouvoir propre, il ne peut agir d'office, par contre il doit déférer à la demande des parties et agir en leur nom.

Enfin, le procureur de la République doit défendre à certaines actions intentées par les particuliers, au nom de personnes ne pouvant se défendre elles-mêmes. Il en est ainsi, en vertu de l'art. 116, quand le tribunal ordonne une enquête aux fins de constater l'absence, le procureur de la République doit y contredire dans l'intérêt du prétendu absent.

De même, les jugements sur les demandes formées par les maris et tuteurs en cantonnement des hypothèques légales de la femme mariée et du pupille, doivent être rendus, le pro-

cureur de la République entendu et contradictoirement avec lui (art. 2145 Civ.).

Dans toute cette série de cas spécifiés par la loi, le ministère public est partie principale, cependant ce rôle lui est imposé, il n'a pas l'initiative, pas plus qu'il ne peut refuser d'agir ou de défendre, ou ne peut donc, à proprement parler, dire qu'il agit d'office que dans une dernière série d'hypothèses, d'ailleurs assez variées.

Le ministère public agit d'office, soit en matière gracieuse, soit en matière contentieuse.

A. — EN MATIÈRE GRACIEUSE.

Le ministère public est chargé de requérir diverses mesures gracieuses dans l'intérêt des absents : l'art. 114 C. civ. déclare : « Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes; et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent ».

Comme dans l'art. 3 du titre VIII de la loi du 16 août 1790, le mot « veiller » implique plus que le rôle de partie jointe, d'ailleurs visé dans la seconde partie de l'art. 114, aussi, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent-elles au procureur de la République le droit de provoquer des mesures gracieuses, conservatoires du patrimoine de l'absent, pendant la période de présomption d'absence, mais elles lui refusent généralement le droit d'intenter les actions appartenant à l'absent, il ne peut que faire nommer un curateur pour exercer ces actions. D'autre part, si l'absent a laissé un procureur fondé, le ministère public doit laisser celui-ci remplir sa mission.

Le ministère public qui, rappelons-le, défend à la demande en déclaration d'absence (art. 116) peut, après cette déclaration, requérir l'ouverture du testament de l'absent (art. 123); il doit être présent à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent (art. 126).

Pour la protection des aliénés, le ministère public peut requérir diverses mesures gracieuses, la loi du 30 juin 1838 le charge de provoquer, s'il le juge utile, la sortie de l'aliéné

interné ou de lui faire nommer, s'il n'est pas interdit, un mandataire judiciaire, un administrateur provisoire ou un curateur à sa personne (art. 32, 33, 38).

En matière d'actes de l'état civil, de nombreux textes permettent au ministère public de demander, dans un but d'intérêt général, des décisions gracieuses. Le procureur de la République poursuit : l'inscription sur les registres de l'état civil des actes omis (avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI), la rectification des actes de l'état civil concernant une masse de citoyens ou une commune entière (Circ. min. du 4 novembre 1814), le rétablissement des registres non tenus, perdus ou incendiés en temps de guerre (loi du 25 mars 1817, art. 75), la constatation judiciaire du décès des ouvriers disparus au cours d'accidents (loi du 3 janvier 1813, art. 19), des marins disparus en mer (loi du 8 juin 1893, art. 87), des personnes disparues au cours de voyages aériens (loi du 31 mai 1824, art. 59), des militaires, marins et civils disparus au cours des hostilités (lois des 13 janvier 1817, 9 et 12 août 1871, 25 juin 1919 et 9 avril 1930).

Dans l'intérêt des indigents, le procureur de la République poursuit la rectification des actes de l'état civil les concernant (Déc. min. du 6 brumaire an X, art. 75 de la loi du 25 mars 1817), afin de faciliter leur mariage, la légitimation de leurs enfants naturels et le retrait de leurs enfants déposés dans les hospices, l'art. 2 de la loi du 10 décembre 1850 le charge de réclamer et réunir toutes les pièces et de procéder à tous les actes d'instruction nécessaires.

Enfin, la loi du 10 juillet 1850, modifiant les art. 75 et 76 C. civ., le charge de demander la rectification des actes de mariage contenant une erreur ou une omission dans la déclaration relative au contrat de mariage.

En matière successorale, le ministère public peut également provoquer des décisions gracieuses, il requiert, dans l'intérêt des héritiers mineurs interdits ou absents, l'apposition ou la levée des scellés (art. 911, 930 du C. pr. civ., 819 C. civ.) et l'inventaire (941 C. pr. civ.). En vertu de l'art 812 C. civ., il requiert la nomination d'un curateur à la succession vacante.

B. — EN MATIÈRE CONTENTIEUSE.

En matière contentieuse, le ministère public agit, soit dans certaines matières qui, tout en étant de la compétence des tribunaux civils, touchent de si près au droit public que, comme représentant de l'Etat, il paraît naturellement qualifié pour agir, soit dans des matières de droit privé, dans ce cas il agit comme représentant de la société, soit pour la protection des incapables, soit directement dans un but d'intérêt général.

a) *Matières touchant au droit public.*

En matière de nationalité qui, bien que touchant au droit civil parce qu'elle est un élément de l'état des personnes, relève surtout du droit public (V. arrêts des 9 janvier et 15 décembre 1924 : D. 1926, 1, 160), la loi du 30 août 1831 chargeait le ministère public d'agir en déchéance de nationalité contre certains officiers français, la loi du 7 avril 1915, modifiée par celle du 18 juin 1917, le chargeait de provoquer la déchéance des décrets de naturalisation contre les anciens ressortissants de l'ennemi, le décret du 11 janvier 1920 décidait qu'il serait partie principale à toutes les instances relatives aux demandes de réintégration dans la nationalité française. La loi du 10 août 1927 lui a ouvert le droit d'action en déchéance de nationalité d'une manière tout à fait générale, cependant il faut remarquer que les lois récentes des 23 juillet et 10 septembre 1940, qui frappent de la déchéance de leur nationalité les Français ayant quitté sans autorisation la métropole ou les territoires d'outre-mer, ne confèrent pas au ministère public le droit de requérir cette déchéance, qui résulte d'un décret rendu sur rapport du Garde des sceaux.

Pendant la précédente guerre, les décrets des 27 septembre 1914 et 24 avril 1915 permirent au ministère public de provoquer la mise sous séquestre des biens ennemis, la loi du 27 octobre 1919 et le décret du 23 octobre 1919 lui permirent de demander, dans certains cas, la liquidation de ces biens. Au cours de la guerre actuelle, le décret du 29 septembre 1939 a chargé le ministère public de requérir la mise sous

séquestre des biens des naturalisés ou de certains Français déchus de leur nationalité, les lois des 23 juillet et 10 septembre 1940 le chargent de la même mission dans le cas de Français ayant quitté le territoire de la métropole ou les territoires d'outre-mer.

La loi du 8 avril 1844 (art. 9) sur les syndicats professionnels attribue au ministère public l'action en dissolution des syndicats illicites et l'action en annulation des acquisitions irrégulières (depuis la loi de 1920 les syndicats peuvent acquérir à titre gratuit ou onéreux sans aucune limitation).

La loi du 1^{er} avril 1898 (art. 10) permet au ministère public de poursuivre la dissolution des sociétés de secours mutuel détournées de leur but.

Enfin, en matière d'associations, la loi du 1^{er} juillet 1901 permet au ministère public d'agir en dissolution contre les associations illicites (art. 7) et de demander l'annulation des actes accomplis par les associations et les congrégations religieuses dans le but de se soustraire aux dispositions de la loi (art. 17), elle le charge également de demander la nomination d'un liquidateur aux congrégations dissoutes. La loi du 7 juillet 1904 sur les congrégations religieuses contient les mêmes dispositions.

Cependant, depuis la loi du 10 janvier 1936, les associations présentant le caractère de groupes de combat ou de milices privées ou qui auraient pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou à la forme républicaine du gouvernement (cas visé par l'art. 3 de la loi de 1901), sont susceptibles d'une dissolution administrative par décret, qui ne donne pas lieu à intervention du ministère public.

b) *Matières de droit privé*

En matière privée, le ministère public agit, comme représentant des intérêts généraux de la société, soit pour la protection des incapables, soit dans certaines affaires concernant des personnes majeures et capables, mais dans lesquelles son intervention se justifie par des considérations d'ordre public.

Le ministère public est chargé par l'art. 491 C. civ. de pro-

voquer des mesures de protection à l'égard des aliénés, dans le cas de fureur, il doit provoquer l'interdiction si l'époux ou les parents du malade ne le font pas, dans les cas d'imbécillité ou de démence, son action est facultative et n'est possible que si le malade n'a ni époux, ni parents connus. On admet également qu'en vertu de l'art. 514 C. civ., il peut demander la nomination d'un conseil judiciaire au prodigue.

Le ministère public provoque également des mesures de protection à l'égard des enfants : la loi du 24 juillet 1889, modifiée par la loi du 15 novembre 1921, lui permet d'intenter l'action en déchéance de la puissance paternelle et de faire organiser la tutelle des enfants.

En cas de divorce, l'art. 302 C. civ. lui permet de faire statuer sur la garde des enfants, la jurisprudence lui reconnaît la même faculté dans le cas de séparation de corps. Il provoque, en vertu de l'art. 13 de la loi du 11 avril 1908, des mesures de protection à l'égard des mineurs se livrant à la prostitution.

Le ministère public agit, comme défenseur de l'ordre public, en matière de mariage, en vertu des art. 184, 190 et 191 C. civ., mais, alors que l'art. 191 porte que le ministère public « peut » attaquer tout mariage clandestin ou célébré par un officier public incompetent, l'art. 190 déclare que, dans les cas de bigamie, inceste et impuberté, il « peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux ». Cette différence de termes a été interprétée de deux manières.

Pour les uns, si l'opportunité de l'action, dans les cas prévus par l'art. 191, est laissée à l'appréciation du ministère public, il n'en est pas de même dans les cas prévus par les art. 184 et 191, car il s'agit là de vices très graves du mariage qui occasionnent des scandales dangereux pour l'ordre public; dans ces cas, le ministère public a, non seulement la possibilité, mais le devoir d'agir. Cette opinion, soutenue par Toullier (t. I, n° 628), Demante (t. I, n° 262), Vazeille (n. I, n° 249), Ortolan et Ledeau (t. I, p. 168), s'appuie sur les paroles prononcées par le tribun Bouteville : « S'il s'agit d'un mariage infesté de vices essentiels, comme le défaut d'âge, un premier mariage subsistant, la parenté ou l'alliance aux

degrés prohibés par la loi, encore une fois, le législateur ne se borne pas à déférer aux commissaires du gouvernement le droit, elle lui impose le devoir de réclamer et de faire séparer les époux » (Loué, t. IV, p. 561). Cette opinion a cependant été critiquée à juste titre, car, d'une part, elle n'est pas conforme à l'esprit du Code civil et aux paroles de Portalis : « Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire, quand il est subsistant ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscreètes d'un délit ancien, obscur ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même » ; d'autre part, elle n'est pas conforme au texte qui dit : « le ministère public peut et doit demander la nullité du mariage du vivant des deux époux » ; il serait inutile de dire que le ministère public peut agir si on lui en imposait l'obligation.

On admet généralement que le mot « doit » se rapporte à la période pendant laquelle l'action du ministère public est recevable, c'est-à-dire du vivant des deux époux et que, dans les cas prévus par l'art. 190, comme dans ceux prévus par l'art. 191, le ministère public conserve la faculté d'apprécier la nécessité de son action, suivant que le vice du mariage est plus ou moins notoire et que l'ordre public est plus ou moins troublé (V. Aubry et Rau, t. III, p. 254, note 21 ; Demolombe, t. III, n° 311 ; Colin et Capitant, t. I).

Le ministère public agit également d'office en matière patrimoniale : les art. 1057 et 1061 C. civ. le chargent de demander, en cas de substitution, l'inventaire des biens substitués ou la déchéance du grevé qui ne se conforme pas aux prescriptions de la loi.

D'après l'art. 37 de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, dans toute instance tendant à faire prononcer la nullité ou la déchéance d'un brevet d'invention, le ministère public peut intervenir et demander la nullité ou la déchéance absolue du brevet. Il peut également agir comme partie principale aux mêmes fins et dans certains cas. Par exception au principe de l'autorité relative de la chose jugée, la décision qui prononce la nullité ou la déchéance absolue

du brevet d'invention à la demande du ministère public, a une autorité absolue, il n'en est pas de même de la décision qui repousse cette demande.

En matière d'accidents du travail, et d'après la circulaire ministérielle du 11 octobre 1909, le ministère public a qualité pour faire constater la nullité des accords et ordonnances de conciliation violant la loi du 9 avril 1898.

En matière de sociétés, l'art. 15 du décret-loi du 8 août 1935 permet au procureur général d'interjeter appel des décisions du tribunal de commerce, décidant qu'il n'y a pas lieu à l'application de l'art. 10, lequel, en cas de faillite d'une société anonyme ou à responsabilité limitée, frappe de la déchéance du droit d'administrer et de gérer toute société les administrateurs et gérants à la charge desquels des fautes lourdes sont relevées.

Enfin, une loi récente du 16 novembre 1940 sur les opérations immobilières, permet au ministère public de faire constater la nullité de tout acte de cession, constitution de servitude, hypothèque ou apport en société non autorisé par le préfet.

Dans tous ces cas, le ministère public agit d'office et, sauf l'hypothèse de l'interdiction pour cause de fureur, il le fait librement et spontanément, la loi ne lui impose aucune obligation, il est le gardien des intérêts généraux de la société, s'il estime que ces intérêts sont menacés il agit, mais il est le seul juge de l'opportunité de ses poursuites, les parties intéressées ne peuvent pas plus les provoquer que les empêcher.

Il faut dire quelques mots, pour terminer, des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir, ces pourvois sont très importants mais seul le procureur général près la Cour de cassation peut les introduire, il ne s'agit pas d'une attribution commune à tous les membres du parquet.

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi est formé, en vertu de l'art. 88 de la loi du 27 ventôse an VIII, contre les décisions en dernier ressort contre lesquelles les parties ne se sont pas pourvues dans les délais légaux, et qui contiennent une

violation de la loi ou un excès de pouvoir; le procureur général près la Cour de cassation le forme librement et le porte directement devant la Chambre civile. Ce pourvoi est formé, en quelque sorte, « pour le principe », en vue d'éviter la formation d'une jurisprudence erronée, s'il aboutit à la cassation de la décision attaquée, celle-ci continue de valoir pour les parties comme simple transaction.

Le pourvoi pour excès de pouvoir, formé en vertu de l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an VIII, contre tous les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs, n'est introduit que sur ordre exprès du Garde des sceaux et la Chambre des requêtes le juge définitivement. Il a pour but de réprimer les violations de la règle de la séparation des pouvoirs et, s'il aboutit, l'acte attaqué est annulé de manière absolue, à l'égard des parties elles-mêmes.

SECTION II

Dans tous les cas étudiés dans la 1^{re} section, le ministère public possède incontestablement le droit d'agir d'office, la loi le dit expressément, il est d'autres cas, sur lesquels la loi ne dit rien, mais où l'on se demande si le parquet ne peut agir en vertu de l'art. 46 de la loi de 1810. Mais il existe quelques cas intermédiaires entre ces deux catégories, qui n'entrent ni dans l'une ni dans l'autre, soit parce que la loi, bien que ne les ayant pas spécifiés, a accordé l'action au ministère public dans une hypothèse très voisine et alors que les mêmes principes, les mêmes intérêts sont en jeu et il s'agit de l'opposition au mariage et de l'action en validité de mariage, soit parce que les termes de la loi sont équivoques et laissent place à des suppositions et non à une certitude, et il s'agit de la rectification des actes de l'état civil.

Il est assez curieux de constater que la doctrine n'a d'abord envisagé que dans ces trois cas la possibilité d'une action d'office du ministère public, c'est seulement vers la seconde moitié du xix^e siècle que l'on a examiné la question, beaucoup plus générale, que pose l'al. 2 de l'art. 46 de la loi de 1810 : celle de l'action d'office dans les cas intéressant

l'ordre public; des auteurs comme Toullier, Delvincourt, Vazeille la passent sous silence, Taulier (*Théorie raisonnée du Code civil*, t. I) et Valette (*Notes sur le traité des personnes*, de Proudhon, t. I), sont les premiers à l'envisager. Quant à la Cour suprême, c'est tout d'abord sur la recevabilité de l'action en validité de mariage, puis sur celle de l'opposition, qu'elle eut à se prononcer.

Le ministère public peut-il s'opposer à la célébration d'un mariage? Cette question a été très discutée.

Certains auteurs reconnaissent au ministère public le droit de s'opposer à tout mariage dont il aurait le droit de poursuivre la nullité et appuient cette opinion sur un argument *a fortiori* tiré des art. 184, 190 et 191 du Code civil, c'est la première justification du droit d'opposition du parquet qu'ait envisagée la doctrine. On sait que les art. 189, 190 et 191 permettent au ministère public de poursuivre l'annulation de tout mariage contracté en dépit d'un empêchement dirimant entraînant une nullité absolue, or, dit-on, le droit de poursuivre cette annulation implique nécessairement le droit de s'opposer à la célébration du mariage; c'est une application du principe « qui peut le plus peut le moins ». Dans cette opinion, le cas de l'opposition au mariage peut donc être considéré comme implicitement spécifié par la loi (Voir en ce sens : Delvincourt, t. I, p. 325; Duranton, t. II, n° 201; Demolombe, t. I, n° 151; Proudhon, t. I, p. 420; Aubry et Rau, *Du mariage*, t. VII, n° 454, note 21).

D'autres auteurs, résolvant par l'affirmative la question du droit d'action du ministère public dans tous les cas intéressant l'ordre public, en déduisent que le procureur de la République peut s'opposer à tout mariage contraire à l'ordre public, sans qu'il y ait de distinction à faire, à ce point de vue, entre les empêchements dirimants et prohibitifs (En ce sens : Valette, sur Proudhon, t. I, p. 420; Marcadé, art. 176, n° 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 192; Demante, t. I, p. 368). Dans cette opinion, un arrêt de Toulouse du 10 juin 1852 (D. 1852, 2, 169) admet une opposition fondée sur un empêchement simplement prohibitif.

Dans une troisième opinion, d'autres auteurs, bien que

partisans d'un système restrictif quant à l'interprétation de la loi de 1810, trouvent dans cette loi le fondement du droit d'opposition du ministère public. En effet, disent-ils, l'al. 2 de l'art. 46, qui charge le parquet de poursuivre l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, n'implique pas un droit d'action, mais l'opposition est un acte extra-judiciaire, le ministère public, en la formant, ne saisit pas la justice, ce sont les parties qui le font si elles demandent un jugement de mainlevée; d'autre part, les dispositions qui prohibent le mariage dans certaines circonstances sont éminemment d'ordre public, le ministère public est donc qualifié pour en poursuivre l'exécution (En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 485; Taulier, t. I, p. 294).

Enfin, une partie de la doctrine refuse au ministère public le droit de former opposition dans quelque cas que ce soit, elle fait d'ailleurs remarquer que le procureur de la République a la faculté de faire connaître à l'officier de l'état civil compétent l'existence de l'empêchement et de l'inviter à surseoir à la célébration du mariage, ce qui, pratiquement, a le même résultat que l'opposition (En ce sens : Merlin, *Opposition au mariage*, Rép.; Ortolan et Ledeau, *Le ministère public en France*, t. I, p. 162; Toullier, t. I, n° 591 et 592; Massabiau, *Manuel du ministère public*, n° 1530; Allemand, *Du mariage*, n° 285; Laurent, t. II, p. 387).

A vrai dire, aucun de ces systèmes n'est pleinement satisfaisant.

Que penser de l'argument *a fortiori* tiré des art. 184 et 191? C'est, dit-on, une application du principe « qui peut le plus, peut le moins »; or, en cette matière, ce principe ne s'applique pas, car certaines personnes, qui peuvent agir en nullité de mariage, ne sont pas recevables à former opposition. Cependant, Aubry et Rau ont fait remarquer que, si la loi refuse à ces personnes le droit d'opposition, c'est que leur droit d'agir en nullité ne se fonde que sur un intérêt pécuniaire né et actuel dont elles ne sauraient arguer pour s'opposer au mariage. Le ministère public, au contraire, qu'il forme opposition ou qu'il poursuive la nullité du mariage, le

fait toujours au nom d'un seul et même intérêt : l'intérêt public. On objecte aussi que l'action en nullité, si elle est mal fondée, ne cause pas de préjudice aux époux puisque leur union subsiste alors que l'opposition, formée à tort par le ministère public, retarde la célébration du mariage et peut même être une cause de rupture; ce à quoi l'on peut répondre que toute opposition a cet effet, quelle que soit la personne dont elle émane.

Quant à la seconde opinion, elle ne soulève guère d'objections, à condition que l'on adopte, relativement à la loi de 1810, le système extensif sur lequel elle s'appuie. Encore peut-on remarquer qu'en admettant que le ministère public puisse agir d'office dans l'intérêt de l'ordre public, ce ne peut être que dans la mesure où un texte spécial ne lui refuse pas ce droit. Or, la loi ne fait pas que ne pas accorder expressément le droit de former opposition au ministère public, elle ne donne ce droit qu'à certaines personnes et non à « tout intéressé » et, partant, elle le refuse implicitement et sans distinction à toute autre personne. On peut cependant admettre que la loi de 1810, postérieure au Code civil, le modifie sur ce point particulier.

Enfin, la thèse suivant laquelle le ministère public, en formant opposition, ne fait que poursuivre par voie extra-judiciaire l'exécution de la loi, paraît un peu artificielle, abstraction faite du système restrictif avec lequel elle cherche à se concilier; car, s'il est vrai que le ministère public ne saisit pas directement la justice en formant opposition, il oblige les parties à demander un jugement de mainlevée, si elles persévèrent dans leur intention, et c'est à lui à faire la preuve de l'empêchement qu'il invoque, en réalité, c'est lui le demandeur.

En fait, quel que soit l'argument que l'on invoque, il soulève des critiques et l'attribution au procureur de la République du droit de faire opposition se justifie surtout par le grand intérêt qu'il y a, pour la société aussi bien que pour les futurs époux, à empêcher la célébration de mariages illégaux. En cette matière, il vaut mieux prévenir que guérir, si le ministère public requiert l'annulation d'un mariage, c'est

pour mettre fin à une situation scandaleuse, mais sa poursuite avant que de mettre fin au scandale le rend plus évident encore; ne vaut-il pas mieux lui reconnaître des pouvoirs préventifs et limiter dans une très large mesure l'atteinte portée à l'ordre public?

La jurisprudence s'est depuis longtemps prononcée en ce sens.

La Chambre des requêtes, par l'arrêt du 2 décembre 1851 (D. 1852, 1, 81), déclara recevable une opposition du ministère public fondée sur l'existence d'un précédent mariage non dissous, justifiant sa décision par l'argument d'analogie tiré de l'art. 184 C. civ. Cet argument souleva de vives critiques, aussi, quand la Chambre civile fut appelée à se prononcer, elle adopta la même solution que la Chambre des requêtes, mais invoqua, outre l'art. 184 C. civ., l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 (arrêt du 21 mai 1856 : D. 1856, 1, 209). Dans un arrêt du 16 août 1876 (S. 1879, 2, 170), la cour de Caen adopta les mêmes arguments, mais la Chambre des requêtes, de nouveau appelée à statuer, revint dans l'arrêt du 28 novembre 1877 (S. 1878, 1, 330) au seul argument d'analogie et s'abstint d'examiner la portée de la loi de 1810. Un arrêt de Grenoble du 14 janvier 1889 persiste cependant dans le système de l'arrêt de 1856.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est constante et le droit de faire opposition au mariage n'est, en pratique, plus discuté pour le ministère public.

De même que l'on reconnaît au ministère public le droit de s'opposer à la célébration d'un mariage illégal, ne peut-on l'autoriser à agir pour empêcher qu'un mariage valable ne soit annulé frauduleusement? C'est la question de l'action en validité de mariage, qui s'est posée en pratique peu avant et peu après la promulgation de la loi de 1810 et a suscité de vives controverses doctrinales et jurisprudentielles.

Sous l'empire de la loi de 1790, au début du xix^e siècle, deux scandales éclatèrent, à quelques mois d'intervalle. Un individu, ayant demandé et obtenu pour défaut de consentement l'annulation du mariage de sa fille aînée, voulut marier, peu de temps après, sa seconde fille avec son ancien gendre :

la fraude était évidente. Le procureur de Bruxelles en référa au Grand-Juge, qui lui ordonna d'appeler du jugement annulant le premier mariage; la cour de Bruxelles reçut l'appel : « Attendu que le pouvoir de demander la nullité d'un mariage fait en contravention de l'art. 162 du Code civil contient celui d'agir en conservation du titre en l'absence duquel la loi pourrait être violée dans ses rapports avec l'intérêt politique et les mœurs » (1^{er} août 1803. V. *Répertoire* de Merlin, Mariage, t. VI, § 3).

Peu de temps après, un mariage valablement contracté fut annulé sur production de pièces fausses constatant un précédent mariage de l'un des époux. Cette fois encore, le Grand-Juge donna l'ordre d'appeler et la cour de Pau déclara cet appel du ministère public recevable en invoquant les mêmes arguments d'analogie que la cour de Bruxelles (28 janvier 1809. Merlin, *ibid.*). Ces arrêts ne furent pas déférés à la Cour de cassation, mais la question allait de nouveau se poser et à plusieurs reprises.

Par un arrêt en date du 14 janvier 1818, la cour d'Agen se déclara pour la recevabilité de l'action en validité de mariage, en vertu des art. 189 et 191 C. civ., ajoutant que l'action du ministère public était « commandée dans l'intérêt des mœurs et de l'honnêteté publique ».

La cour de Grenoble adopta la même solution, dans l'arrêt du 28 juillet 1818, mais en vertu de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810. Ces deux arrêts firent l'objet de pourvois et la Chambre civile les cassa par des décisions en date du 1^{er} août 1820 et du 5 mars 1821 (*D. Alph.*, Mariage, n° 521), posant le principe que le ministère public n'agit que dans les cas spécifiés par la loi.

Beaucoup plus tard, la question se reposa devant la Cour de Paris, ce fut la fameuse affaire Vergniol, l'appel du ministère public contre un jugement annulant un mariage pour clandestinité fut déclaré recevable. La Cour de Paris s'appuyait principalement sur l'al. 2 de l'art. 46 de la loi de 1810, mais invoquait aussi l'argument d'analogie des arrêts de Pau et Bruxelles (D. 1852, 2, 113). Un arrêt de Chambéry du

7 février 1885 se prononce dans le même sens, pour les mêmes motifs (D. 85, 2, 41).

Ces arrêts n'ont pas été soumis à l'examen de la Cour de cassation et l'on peut se demander si celle-ci aurait adopté à l'égard de l'action en validité de mariage une attitude aussi favorable qu'à l'égard du droit d'opposition.

A la suite des arrêts de Bruxelles et de Pau et, plus tard, des arrêts de cassation, la doctrine fut très divisée.

Certains auteurs critiquèrent vivement la jurisprudence de la Cour suprême et défendirent la thèse des arrêts de Bruxelles et de Pau (Delvincourt, t. I, p. 72, note 4; Vazeille, *Du Mariage*, p. 407; Carré, art. 86; Toullier, t. I, n° 698). D'autres comme Merlin, repoussèrent les arguments d'analogie invoqués par les deux cours; à vrai dire, ces arguments d'analogie sont plus critiquables dans l'hypothèse de l'action en validité de mariage que dans celle de l'opposition car, pour personne, la loi ne fait découler du droit de faire annuler un mariage illégal celui de protéger un mariage valablement contracté. Merlin, d'ailleurs, tout en critiquant les arrêts de Bruxelles et de Pau, parce que mal fondés et inconciliables avec la loi de 1790, reconnaissait qu'ils donnaient la seule solution conforme à la morale et à l'ordre public; nous verrons plus tard le rôle qu'il leur attribuait, relativement à la loi de 1810, pour le moment il suffit de dire qu'il affirmait que la loi de 1810 attribue au ministère public le droit d'agir d'office dans toutes les circonstances d'ordre public, et, par conséquent, d'agir en validité de mariage, la protection des mariages conformes à la loi intéressant au plus haut degré l'ordre public. Cette opinion est celle de tous les auteurs, qui interprètent d'une manière extensive l'art. 46 de la loi de 1810.

Quant aux partisans du système restrictif, ils sont très nombreux à refuser au ministère public le droit d'agir en validité de mariage, alors qu'ils lui reconnaissent généralement le droit de faire opposition. C'est que, si l'on écarte l'argument tiré de l'art. 46 de la loi de 1810, il ne reste, en faveur du droit d'appel du ministère public contre un jugement de nullité de mariage, que l'argument d'analogie, lui-

même peu satisfaisant. D'autre part, l'annulation d'un mariage valable n'est une cause de scandale que si cette validité est évidente, or l'annulation ne peut être prononcée que le ministère public entendu, par conséquent celui-ci a toute latitude pour dénoncer la fraude au tribunal.

Il nous reste à examiner la question des pouvoirs du ministère public relativement à la rectification des actes de l'état civil.

Nous avons vu qu'en vertu de divers textes, dans des cas spéciaux, le ministère public peut provoquer la rectification d'actes d'état civil, mais ne peut-il, de façon beaucoup plus générale, demander toute rectification intéressant l'ordre public ?

Si, en vertu de l'art. 46 de la loi de 1810, on reconnaît au parquet le droit d'agir d'office dans tous les cas d'ordre public, cette solution s'applique à la rectification des actes de l'état civil ; mais la question peut être examinée indépendamment de l'art. 46. On se demande, en effet, si, bien que la loi ne dise pas expressément et incontestablement que le ministère public a le droit de poursuivre d'office toute rectification intéressant l'ordre public, ce droit ne découle pas des textes spéciaux à la matière.

Sur cette question, le texte essentiel est l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI. Pendant la Révolution, les registres de l'état civil n'avaient pas été des mieux tenus et leur examen par les commissaires du Gouvernement révélait de nombreuses irrégularités et surtout des omissions. Aussi, le Conseil d'Etat fut-il saisi de la double question de savoir :

« 1° Si l'officier de l'état civil peut rédiger et inscrire, d'après la déclaration des parties, les actes de l'état civil non inscrits sur les registres dans les délais prescrits par la loi, ou s'il est nécessaire que cette inscription soit autorisée par un jugement ;

« 2° Si, dans ce cas, il ne conviendrait pas que les commissaires du Gouvernement près les tribunaux intervinssent d'office pour requérir les jugements, afin d'en éviter les frais aux parties ».

Le Conseil d'Etat répondit par l'avis du 12 brumaire

au XI qui a force de loi comme tous les avis du Conseil d'Etat rendus sous la Constitution de l'an VIII : « Sur la première question, que les principes qui ont motivé l'avis du 12 nivôse an X sur la rectification des actes de l'état civil sont, à plus forte raison, applicables au cas de l'omission de ces actes sur les registres, puisque la rectification n'a pour objet que de substituer la vérité à une erreur dans un acte déjà existant et que, lorsqu'on demande à réparer une omission d'acte, il s'agit évidemment de donner un état; que, s'il était permis à l'officier de l'état civil de recevoir, sans aucune formalité, des déclarations tardives et de leur donner de l'authenticité, on pourrait introduire des étrangers dans les familles et que cette faculté serait la source des plus grands désordres; que les actes omis ne peuvent être inscrits sur les registres qu'en vertu de jugements rendus en grande connaissance de cause de l'omission, contrairement avec les parties intéressées ou elles appelées, et sur les conclusions du ministère public; et que ces jugements peuvent même être attaqués, en tout état, par les parties qui n'y auraient pas été appelées.

« Sur la seconde question, qu'il est plus convenable de laisser aux parties intéressées à faire réparer l'omission des actes de l'état civil, le soin de provoquer les jugements, sauf le droit qu'ont incontestablement les commissaires du Gouvernement d'agir d'office, en cette matière, dans les circonstances qui intéressent l'ordre public. »

En résumé, le Conseil d'Etat déclarait que l'inscription des actes omis sur les registres de l'état civil ne peut résulter que d'un jugement et, qu'à part une question de convenance, le ministère public peut agir d'office « en cette matière » dans les circonstances qui intéressent l'ordre public. Cette dernière disposition a suscité une grave discussion, elle reconnaît au ministère public le droit d'agir d'office dans certains cas, ces cas, elle les désigne par les mots : « en cette matière »; s'agit-il de l'inscription des actes omis ou, plus largement, de la rectification des actes de l'état civil quelle qu'en soit la cause, pourvu qu'elle intéresse l'ordre public?

Certains auteurs reconnaissent que le ministère public peut requérir l'inscription des actes omis, car, si le texte ne dit

que cela, il le dit bien, mais ils ajoutent que c'est le seul pouvoir que le Conseil d'Etat lui ait reconnu. D'autres, au contraire, pensent que l'avis de l'an XI a une portée beaucoup plus étendue.

L'opinion restrictive s'appuie, tout d'abord, sur le texte même de l'avis du Conseil d'Etat.

On fait observer que le Conseil d'Etat, n'étant saisi que d'une question spéciale, ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs, répondre au delà de cette question et que son avis ne peut avoir de portée qu'en ce qui concerne l'inscription des actes omis. D'autre part, le Conseil d'Etat se réfère « aux principes qui ont motivé l'avis du 13 nivôse an X », or que dit cet avis? En l'an X, le Conseil d'Etat était appelé à se prononcer sur la procédure applicable à la rectification des registres de l'état civil du département de l'Ardèche, lesquels abondaient en erreurs, fautes et omissions; et l'on se demandait s'il ne convenait pas d'employer la procédure purement officieuse instituée par la loi du 2 floréal an III pour la rectification des actes de l'état civil dans les départements de l'Ouest. Le Conseil d'Etat fut d'avis : « que les principes sur lesquels repose l'état des hommes s'opposent à toute rectification des registres qui n'est pas le résultat d'un jugement provoqué par les parties intéressées à demander ou à contredire la rectification... », il ajouta que ces principes avaient été consacrés par la 3^e loi du Code civil et repoussa la procédure de la loi du 2 floréal an III qui s'était heurtée à des obstacles insurmontables.

En repoussant toute rectification qui n'est pas le résultat d'un jugement provoqué par « les parties intéressées », l'avis de nivôse an XI aurait donc interdit au ministère public d'agir en rectification et l'avis de brumaire an XI n'apporterait qu'une exception à cette règle dans le cas très particulier des omissions. Dans une opinion encore plus restrictive, Merlin déclare que, si le ministère public peut agir d'office, « en cette matière », c'est uniquement pour faire punir, conformément à ce qu'ont réglé les art. 50 et suivants du Code civil, les auteurs des négligences, des erreurs, des omissions et des faux qui peuvent se trouver dans les registres (Rép.

Etat civil, § 4). Car, le Conseil d'Etat ne crée pas le droit d'action du ministère public, il reconnaît qu'il existe incontestablement; or, s'il existe, ce ne peut être qu'en vertu du titre II du C. civ., qui sera bientôt promulgué et, dans ce titre, les seuls articles qui confèrent au ministère public un droit d'action sont les art. 50 et suivants.

Tous les partisans de l'opinion restrictive tirent d'ailleurs argument du Code civil car, non seulement celui-ci n'accorde expressément aucun droit d'action au ministère public, hors des cas où il s'agit de poursuivre la prononciation d'une amende, en outre, dans son art. 99, il déclare que, lorsque la rectification d'un acte de l'état civil sera demandée, il sera statué : « sur les conclusions du procureur du Roi ». Les articles 856 et 858 du Code de procédure civ. contiennent la même disposition qui, attribuant au ministère public le rôle de partie jointe, semble lui refuser celui de partie principale. Nous verrons plus tard que la loi du 20 novembre 1919 a modifié ces textes et retourné l'argument contre l'opinion restrictive. Il est vrai que, outre le silence du Code à l'égard de l'action d'office, les partisans de cette opinion trouvent d'autres arguments dans les travaux préparatoires du titre de l'état civil.

M. Thibaudeau, orateur du Gouvernement, présentant au Corps Législatif l'exposé des motifs du projet de loi à la séance du 21 frimaire an X, rappelait qu'on avait proposé un mode de rectification « d'office » effectuée sur ordonnance du président du tribunal, à la requête du ministère public ou des intéressés et déclarait : « On a pensé que rien ne justifiait cette rectification d'office requise par le commissaire du Gouvernement et ordonnée par le tribunal. On ne conçoit pas comment elle pourrait être faite sans donner lieu à de graves inconvénients; les registres de l'état civil sont, comme nous l'avons déjà dit, un dépôt sacré, nulle autorité n'a le droit de modifier ou de rectifier d'office les actes qui y sont inscrits. Si le commissaire du Gouvernement près le tribunal est tenu de vérifier les registres, ce ne peut être que pour constater les contraventions ou les délits commis par les officiers de l'état civil et pour en requérir la punition, c'est une

vérification de police qui ne doit nullement influencer sur la validité de l'acte » (Locré, *Lég. civ.*, vol. III, p. 148 et 149).

Le tribun Chabot, présentant le vœu d'adoption du Tribunal à la séance du 20 ventôse an XI, s'exprimait à peu près dans les mêmes termes et déclarait que le projet de loi ne donnait au ministère public que « le droit de requérir une peine contre les auteurs des contraventions, c'est un droit de police qu'il exerce et non pas un droit de réformation » (Locré, *ibid.*). M. Siméon, présentant le rapport de la Commission de Législation à l'Assemblée générale du Tribunal, le 17 ventôse an XI, avait déclaré : « Les tribunaux seuls, en grande connaissance de cause, à la réquisition des parties, après avoir appelé tous ceux qui y ont intérêt et entendu le commissaire du Gouvernement, peuvent ordonner la rectification » (Locré, *ibid.*, p. 215).

Toutes ces déclarations n'excluent-elles pas le ministère public du droit de provoquer la rectification des actes de l'état civil, en ne lui laissant que le rôle de partie jointe ?

Le Conseil d'Etat, en brumaire an XI, connaissait parfaitement le projet de loi qui allait être adopté, peut-on admettre qu'il ait posé un principe opposé à celui qu'allait bientôt consacrer le Code Napoléon ?

Il est pourtant un texte qui peut le laisser supposer, il s'agit du décret du 18 juin 1811, dont l'article 122, après avoir indiqué le mode de taxation et de recouvrement des frais des actes de procédure faits à la poursuite du ministère public, aux termes des art. 50, 53, 81, 184, 190, 192 et 198 C. civ., déclare : « il en sera de même quand le ministère public poursuivra d'office la rectification des actes de l'état civil, en conformité de l'avis de notre Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI, comme aussi des poursuites faites en conformité de la loi du 25 ventôse an XI, et, généralement, dans tous les cas où le ministère public agit dans l'intérêt de la loi et pour assurer son exécution ». Ainsi, d'après cet article, le ministère public peut agir en rectification des actes de l'état civil, en conformité de l'avis de l'an XI; les partisans de l'opinion restrictive rétorquent qu'il ne peut en être ainsi, que le décret de 1811 ne vise certainement que le cas des actes omis et

que, d'ailleurs, ce n'est qu'un simple tarif de frais qui n'avait pas à préciser les attributions du ministère public et ne pouvait, en tout cas, modifier sur ce point le Code civil.

Un autre texte, la loi des finances du 25 mars 1817, art. 75, dispense des droits de timbre et d'enregistrement « les actes de procédure et les jugements ayant pour objet :

« 1° De réparer les omissions et de faire les rectifications sur les registres de l'état civil des actes qui concernent les individus notoirement indigents ;

« 2° De remplacer les registres perdus ou incendiés par les événements de la guerre et de suppléer aux registres qui n'auraient pas été tenus ».

Pourquoi, s'il avait été de principe que le ministère public poursuit d'office toute rectification intéressant l'ordre public, le législateur de 1817 aurait-il jugé nécessaire de spécifier l'existence du droit d'action d'office dans ces deux cas qui intéressent éminemment l'ordre public? N'a-t-il pas voulu, au contraire, accorder ce droit exceptionnellement dans des hypothèses où il était tout à fait nécessaire?

La loi du 18 juillet 1850 fournit le même argument puisqu'elle charge expressément le ministère public de faire rectifier les actes de mariage contenant une erreur ou une omission dans la déclaration relative au contrat de mariage. De même, la loi du 10 décembre 1850, qui permet aux procureurs de la République de réclamer et réunir les pièces nécessaires au mariage des indigents, à la légitimation de leurs enfants et au retrait de ces enfants déposés dans les hospices et d'agir d'office dans les mêmes cas. Ces lois visent des cas d'ordre public, si donc le législateur a cru nécessaire d'attribuer expressément au ministère public le droit d'agir d'office, dans ces cas, c'est que ce droit n'existait pas en vertu d'un principe général.

Tous ces arguments ne paraissent pas convaincants aux partisans d'une opinion contraire, qui les critiquent et leur en opposent d'autres.

Tout d'abord, quant à la portée de l'avis du 12 brumaire an XI, est-il impossible que le Conseil d'Etat, répondant à la question particulière qui lui était posée et pour y répon-

dre, se soit appuyé sur un principe général? C'est, dit-on, parce que ce principe aurait été contraire à celui qui avait motivé l'avis de nivôse an X auquel le Conseil d'Etat venait de se référer, mais il n'est pas du tout certain que l'avis de l'an X ait interdit toute action d'office au ministère public. En l'an X, il s'agissait de rectifier les registres du département de l'Ardèche; or, une loi du 2 floréal an III avait organisé, dans les départements de l'Ouest, un mode de rectification officieuse et l'on se demandait si l'on ne pouvait pas l'employer; c'est cette procédure de la loi de l'an III que l'avis de l'an X repousse : le ministère public n'y intervenait que lorsque les listes d'actes d'état civil, dressées par un commissaire de district, étaient contestées, pratiquement il n'y avait aucun contrôle et cela avait favorisé de nombreuses usurpations d'état civil. Si donc le Conseil d'Etat déclare que toute rectification doit être « le résultat d'un jugement provoqué par les parties intéressées », c'est pour écarter toute rectification officieuse, mais il ne vise nullement le rôle du ministère public sur lequel, d'ailleurs, on ne lui avait pas demandé de se prononcer. Or, si, dans son avis du 12 brumaire an XI, il se réfère à cet avis de l'an X, c'est seulement dans la première partie, qui répond à la seule question de savoir si l'officier de l'état civil peut inscrire d'office les actes omis ou s'il doit y être autorisé par un jugement; question analogue à celle qui se posait en l'an X et qui est indépendante de celle du droit d'action du ministère public.

On peut d'ailleurs se demander pourquoi, si l'avis de l'an X refuse tout droit d'action au ministère public, l'avis de l'an XI, qui déclare que « ses principes sont à plus forte raison applicables au cas de l'omission », reconnaît ensuite au ministère public le droit incontestable d'agir au moins dans ce cas, alors que, justement, il remarque que l'inscription d'un acte omis est plus grave qu'une rectification d'acte déjà existant.

Que conclure du silence du Code civil? S'il signifie que le ministère public ne peut poursuivre la rectification des actes de l'état civil, il doit aussi signifier que le ministère public ne peut pas non plus provoquer l'inscription des actes omis,

car le Code ne contient rien sur ce point, or personne ne soutient que le Code civil ait abrogé l'avis de l'an XI.

On pourrait penser que les auteurs du Code civil n'ont pas cru utile de revenir, dans un texte qui n'est pas un texte de compétence, sur un principe que le Conseil d'Etat venait de consacrer, s'il n'y avait les travaux préparatoires qui fournissent, il faut l'avouer, un appui solide à l'opinion restrictive. On dit, en général, que, lors de ces travaux, il s'agissait de repousser le mode de rectification « d'office » présenté par le premier projet et que c'est celui-ci que les orateurs combattaient; cela est vrai, cependant, il faut reconnaître que les termes du rapport et de l'exposé des motifs vont plus loin, qu'ils refusent vraiment le droit d'action au ministère public. Mais, ce que l'on peut dire, c'est que, dans cette discussion qui opposait rectification officieuse et rectification judiciaire, le rôle du ministère public n'a été envisagé que superficiellement, très généralement, sans tenir compte des cas où l'ordre public pouvait être intéressé et justifier une action d'office.

Les arguments tirés des lois postérieures à l'avis de l'an XI sont assez fragiles. Le simple décret du 18 juin 1811, visant le cas où le ministère public poursuit d'office la rectification des actes de l'état civil ne pouvait et ne tendait certainement pas à modifier le Code, mais il montre au moins que le législateur de 1811 reconnaissait toute sa portée à l'avis de brumaire an XI et ne le considérait pas comme abrogé. Il faut remarquer qu'à cette époque, la Chancellerie, interprétait l'avis du Conseil d'Etat dans un sens extensif, qu'elle ait eu naturellement tendance à envisager favorablement le droit d'action du ministère public, c'est probable, mais cela n'aurait pu aller jusqu'à détourner de son sens un texte de loi. Or, dans une circulaire du 22 brumaire an XIV, le Grand Juge déclarait : « Encore que la rectification des actes de l'état civil ne puisse être proposée d'office par les procureurs impériaux, cette disposition cesse dans tous les cas qui intéressent l'ordre public. Dans ces cas, les procureurs impériaux interviennent d'office ».

L'instruction ministérielle du 14 novembre 1814 et la cir-

culaire du Ministre de la Justice du 27 novembre 1821 firent application de ce principe, l'un au rétablissement et à la rectification en masse des actes de l'état civil d'une commune, l'autre au cas où la rectification est nécessaire à la bonne application de la loi sur la conscription.

Quant à la loi du 25 mars 1817, elle n'a fait, dit-on, qu'attribuer au ministère public le droit d'action dans deux cas spéciaux et cela exceptionnellement; or, son but était de dispenser des droits de timbre et d'enregistrement les actes faits dans ces cas sur la poursuite du ministère public, elle ne créait donc pas le droit d'action, elle le reconnaissait comme préexistant.

De même, les arguments tirés des lois des 18 juillet et 10 décembre 1850 sont contestables, car ces lois ont très bien pu, en attribuant expressément le droit d'action au ministère public, vouloir éviter à celui-ci la preuve d'un intérêt d'ordre public, qui, dans les cas qu'elle prévoient, peut se discuter et, d'autre part, éviter toute discussion quant à la recevabilité de son action, à une époque où la jurisprudence s'y montrait peu favorable. D'ailleurs, M. de Limairac, rapporteur de la loi du 10 décembre 1850, ne déclarait-il pas : « Du moment que la célébration du mariage exigera le concours de la justice, le procureur de la République agira d'office, comme en matière d'ordre public » ? (Duvergier, t. I, p. 488).

Tels étaient les termes de la discussion quand fut promulguée la loi du 28 mai 1858, cette loi qui modifiait l'art. 259 du Code pénal, en partie abrogé par la loi du 28 avril 1832, est ainsi conçue : « Sera puni quiconque, sans droit, et en vue de s'attribuer une distinction honorifique, aura publiquement pris un titre, changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil. Le tribunal ordonnera la mention du jugement en marge des actes authentiques ou de l'état civil dans lequel le titre aura été pris ou le nom altéré ». C'est une loi pénale, elle permet donc au ministère public de poursuivre devant les tribunaux répressifs les usurpateurs de titres de noblesse, mais ne lui permet-elle que cela ? La question se posa au lendemain de la promulgation de la loi, car les magistrats du parquet engagèrent devant les tribu-

naux civils un grand nombre d'instances aux fins, soit de faire rectifier des actes de l'état civil, soit d'obtenir la réformation de jugement ayant à tort ordonné des rectifications et attribué ainsi à certaines personnes des titres auxquels elles n'avaient pas droit.

Ces actions étaient-elles recevables? Non, dit une partie de la doctrine, car la loi de 1858 est un texte pénal, elle reproduit à peu de chose près l'ancien art. 259 du Code pénal, elle ne donne expressément au ministère public aucun droit d'action devant les tribunaux civils, comment le lui reconnaîtrait-elle implicitement? Il faudrait que semblable droit préexistât en vertu d'un texte général en matière de rectification d'actes de l'état civil, or ce n'est pas le cas. Au surplus, tel n'est pas l'esprit de la loi de 1858, car l'exposé des motifs déclare qu'il s'agit de réprimer : « les usurpations flagrantes sur lesquelles il n'y a ni erreur, ni illusion possibles, que rien n'explique, que rien ne justifie... qu'il ne serait donc ni prudent, ni juste de remonter à l'origine des possessions plus ou moins anciennes pour y rechercher des abus et faire retomber le châtimement sur la postérité de ceux qui les auraient commis ». Ainsi, cette loi ne permet au ministère public que de poursuivre la répression d'un délit et non de contester la véracité de tous les actes de l'état civil attribuant des titres de noblesse. Certes, il peut se faire que, par suite de la prescription ou de la mort du coupable, l'action criminelle s'éteigne et que l'usurpation soit consacrée, mais l'inconvénient résulte de la loi et, si elle est défectueuse, c'est au législateur de la modifier.

Mais l'opinion contraire invoqua des arguments fort convaincants :

La loi de 1858 n'attribue pas, il est vrai, expressément au ministère public le droit de poursuivre la rectification de tout acte contenant usurpation de titre ou de distinction honorifique, mais le droit de poursuivre toute rectification intéressant l'ordre public n'était-il pas déjà consacré par l'avis du 12 brumaire an XI et les lois postérieures?

Or la législation du nom est, depuis longtemps, considérée comme étant d'ordre public, les lois du 6 germinal an II et

du 11 germinal an XI défendent tout changement de nom et de prénom, le décret du 1^{er} mars 1808 défend l'usage des titres et qualifications honorifiques qui ne seraient pas accordés par le souverain, et cela sous menace de sévères pénalités. Il en est de même de l'art. 259 Code pénal dans son texte primitif. La loi de 1858 ne fait que rappeler que le droit de conférer des titres et distinctions honorifiques est un des attributs essentiels de la souveraineté et qu'il importe de le faire respecter.

De plus, la loi de 1858 ne donne-t-elle pas implicitement au ministère public le droit d'agir d'office?

Supposons qu'elle ne permette que des poursuites pénales, celui que le ministère public pourra traduire devant les tribunaux criminels, c'est celui-là même qui aura agi « en vue de s'attribuer une distinction honorifique » et lui seul; mais, supposons encore que l'action publique soit paralysée par la prescription ou par le décès du coupable, le titre ou la distinction honorifique pourront être portés en toute tranquillité par les descendants de celui-ci et l'usurpation sera consacrée sans recours. Il se peut aussi qu'un individu, prétendant avoir droit à un titre de noblesse demande et obtienne par surprise un jugement de rectification en ce sens. Il s'agira le plus souvent d'une décision gracieuse rendue sur simple requête, en l'absence de tout contradicteur, le ministère public n'aura aucun recours contre ce jugement et la loi restera, encore une fois, lettre morte.

Mais est-ce cela qu'a voulu la loi? Certes, elle punit d'une amende les usurpateurs, mais ce n'est pas tout, elle ordonne la mention du jugement en marge de l'acte altéré ou mensonger; ne faut-il pas voir dans cette mention, plutôt qu'une simple peine accessoire à l'amende, la rectification même de l'acte altéré, c'est-à-dire la réparation du délit; n'est-ce pas le plus important pour l'ordre public et l'essentiel de la loi?

Or, que l'action publique soit rendue impossible par l'une des exceptions déjà envisagées, comment la rectification sera-t-elle effectuée, peut-on admettre qu'elle ne le sera jamais s'il ne se présente pas de particulier, lésé par l'usurpation, pour saisir les tribunaux civils? Ce ne serait certainement

pas conforme à l'esprit de la loi car si, dans l'exposé des motifs, on trouve une distinction entre les cas où il y a intention coupable et les autres, c'est parce que, dans les premiers seuls, les poursuites pénales sont possibles. Mais on y trouve aussi : « il ne faut pas croire que le droit de quiconque n'aura été ni poursuivi, ni condamné, sera par là-même reconnu. Posséder légalement un titre et n'être pas coupable d'usurpation sont des choses distinctes que ni la loi, ni la raison, ne doivent confondre. C'est par des dispositions d'un ordre différent, étrangères à la loi pénale, que seraient établies, au besoin, les règles relatives au moyen de faire reconnaître les titres » (Duvergier, t. LVII, p. 168).

Enfin, un fait montre clairement que la loi de 1858 a entendu permettre l'action en rectification au ministère public : le projet de loi présenté par le gouvernement portait : « sera puni celui qui aura pris un titre que ne lui donnerait point son acte de naissance », ce qui rendait toute poursuite impossible dans le cas d'usurpation s'appuyant sur un acte de naissance dans lequel auraient été faites des déclarations mensongères ; or, la Commission du Corps Législatif adopta une autre formule visant « celui qui aura pris un titre, changé ou altéré le nom que lui assignent les actes de l'état civil », ce qui permet de réprimer l'usurpation qui s'appuie sur un acte de naissance et, cependant, dans ce cas, celui qui porte le titre n'est pas coupable puisqu'il n'est pas l'auteur des déclarations mensongères, l'action au civil est donc seule possible.

Ce sont ces arguments qui, à juste titre, l'emportèrent dans la pratique. Nous verrons plus tard, en étudiant l'évolution de la jurisprudence relative à la loi de 1810, ce qu'elle a été sur ce point. Qu'il suffise de dire qu'après de vives discussions entre les Cours impériales, que n'apaisa pas un arrêt de la Chambre des requêtes du 21 novembre 1860, adoptant la thèse restrictive (D. 1861, 1, 473), la Chambre civile, par deux arrêts du 22 janvier 1862 (D. 1862, 1, 5), déclara recevable l'action d'office du ministère public en rectification d'actes de l'état civil dans les cas d'ordre public et, notamment, dans le cas d'usurpation de titres nobiliaires.

La Chambre civile appuyait cette décision sur les textes spéciaux à la matière, notamment, l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI, le décret du 18 juin 1811, art. 122, et la loi du 25 mars 1817, art. 75; elle considérait donc la rectification des actes de l'état civil dans les circonstances d'ordre public comme dans un cas spécifié par la loi. Un autre arrêt du 24 novembre 1862 fut rendu dans le même sens.

La Chambre des requêtes adopta l'opinion de la Chambre civile par l'arrêt du 25 mars 1867 (D. 1867, 1, 300) et déclara qu'il n'y a pas à distinguer entre le cas où les noms et les titres sont usurpés dans les actes de l'état civil proprement dits et celui où ils le sont dans l'autres actes publics, notamment dans les actes notariés.

Un autre arrêt de requêtes du 25 mai 1869, déclarant recevable une demande en rectification introduite par le ministère public, justifie cette solution, non plus par les textes spéciaux à la matière, mais par le fait que « le ministère public peut agir par voie d'action principale dans toutes les circonstances où l'ordre public est directement intéressé ».

La Chambre civile demeura fidèle à la doctrine des arrêts de 1862 et, dans les arrêts du 24 décembre 1901 (S. 1902, 1, 353) et du 25 octobre 1905 (D. 1906, 1, 337), elle continua de considérer l'action en rectification des actes de l'état civil comme un cas spécifié par la loi. La Chambre des requêtes professa la même opinion dans l'arrêt du 12 mai 1920 (S. 1921, 1, 300). Cependant, l'arrêt de la Chambre civile du 20 juillet 1931 (G. P. 1931, 2, 928) n'invoque plus que le droit général que possède le parquet d'agir d'office dans les circonstances qui intéressent l'ordre public.

On peut, à un autre point de vue, noter dans l'opinion de la Cour suprême une certaine évolution : les arrêts du 22 janvier 1862 se justifiaient en partie par le considérant : « qu'il s'agit, en général du moins, de faits qui portent atteinte à l'ordre public sans léser aucun autre intérêt rival et dont la poursuite, par conséquent, ne peut appartenir qu'au ministère public comme partie principale, soit en demandant, soit en défendant au nom de la société, nul autre n'ayant, en pareil cas, intérêt et qualité pour agir ». La même formule

se retrouve dans le premier arrêt du 24 décembre 1901 et on en concluait que l'action du ministère public n'était recevable que lorsqu'il ne se trouvait aucune personne ayant intérêt et qualité pour agir, lorsque, aucun intérêt privé ne se trouvant lésé, l'ordre public seul exigeait que la loi fût respectée.

Or, dans l'arrêt de 1920, la Chambre des requêtes rejeta un pourvoi qui invoquait la fin de non-recevoir tirée du fait que, dans l'espèce, il y avait des familles intéressées à contester le droit à la particule et qui ne l'avaient pas fait; attendu, dit la Chambre des requêtes «, qu'en ce cas et à raison de la nature des intérêts dont il a la garde, le ministère public peut exercer sa prérogative lors même que l'erreur à redresser portant atteinte à l'ordre public serait de nature à léser l'intérêt des particuliers et que ceux-ci s'abstiendraient de demander la rectification ». La Chambre civile n'a pas eu à se prononcer de nouveau sur ce point.

Quoi qu'il en soit, que l'ordre public soit seul lésé ou qu'il soit en jeu en même temps que des intérêts privés, il faut que le ministère public puisse l'invoquer, c'est la condition nécessaire à la recevabilité de son action.

Bien que, d'une manière générale, on puisse dire que l'ordre public est intéressé à la véracité et à l'exactitude des actes de l'état civil, il ne s'ensuit pas qu'il soit intéressé à toute rectification. L'action d'office du ministère public n'est admissible que lorsque l'irrégularité elle-même porte atteinte à l'ordre public, lorsqu'elle est contraire à une règle d'ordre public; lorsque l'intérêt privé des familles est seul en jeu cette action n'est pas recevable (En ce sens, un arrêt de Paris, 25 mars 1891 : D. 93, 2, 63).

En pratique, d'ailleurs, la plupart des actions en rectification intentées par le ministère public sont motivées par des usurpations de titres ou de particules nobiliaires; on peut cependant citer un arrêt de Paris du 3 juin 1867 (D. 1867, 2, 97), qui reçoit l'appel du ministère public contre un jugement ordonnant une rectification sur production de pièces falsifiées.

La doctrine envisage d'autres hypothèses, notamment celle

d'un acte constatant une filiation adultérine ou incestueuse ou un mariage nul pour bigamie, inceste ou impuberté, et celle d'actes n'ayant pas été revêtus de la signature de l'officier de l'état civil.

On cite souvent aussi l'hypothèse d'actes inexacts permettant d'échapper à l'application des lois sur la conscription (En ce sens, Circ. min. du 27 nov. 1821; arrêt de Poitiers, 28 mai 1846 : S. 1846, 2, 462); mais, depuis la loi du 21 mars 1832, art. 7, la notoriété publique suffisant à attribuer l'âge requis aux jeunes gens qui ne produisent pas leur acte de naissance l'action du ministère public dans ce cas est inutile.

Ajoutons, pour terminer, que la loi du 20 novembre 1919, modifiant l'art. 99 du C. civ. relatif aux jugements de rectification, déclare : « lorsque la requête n'émanera pas du procureur de la République elle devra lui être communiquée », ce qui signifie, évidemment, que la requête peut émaner du ministère public, mais dans quel cas? Le texte ne le dit pas. On pourrait soutenir que la loi de 1919 ne vise que les cas particuliers dans lesquels un texte permet expressément l'action d'office, mais on admet généralement que cette loi a voulu consacrer la jurisprudence constante et unanime; qui permet au ministère public de demander la rectification des actes de l'état civil dans toutes les circonstances intéressant l'ordre public.

Voir, dans le sens restrictif : Delvincourt, t. I, p. 232; Dutruc, *Journal du ministère public*, 1860, p. 208; Bonnier, *Procédure sur l'art. 836*; Carré et Foucher, *Lois de la compétence*, t. II, n^{os} 113 et 115; Gérard de Vasson, *Rev. crit.*, t. VIII, p. 50.

Dans le sens extensif : Demante, t. I, n^o 127; Taulier, t. I, p. 181; Laurent, t. II, n^o 32; Duranton, t. I, n^o 648; Demolombe, t. I, n^o 333; Ortolan et Ledeau, t. I, p. 162; Coin-Delisle, *Actes de l'état civil*, art. 99, n^o 5; Bioche, *Dict. de proc. actes de l'état civil*, n^o 41; Debaeq, *De l'action du ministère public en matière civile*, p. 260; Rieff, *Actes de l'état civ.*, n^o 313; Aubry et Rau, t. I, n^o 63; Garsonnet et Cézard-Bru, t. I, p. 333.

L'ALINEA 2 DE L'ART. 46
DE LA LOI DU 20 AVRIL 1810.

DISCUSSIONS DOCTRINALES

Nous avons vu quels sont les « cas spécifiés par la loi » visés par l'article 46, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 avril 1810; dans ces cas, si l'on écarte les quelques hypothèses dans lesquelles la spécification légale est douteuse, le droit d'action d'office du ministère public est incontestable; mais ce droit d'action n'existe-t-il qu'en vertu et dans les limites de l'alinéa 1^{er} de l'art. 46?

Une partie de la doctrine l'affirme dans une opinion qui peut se résumer par la formule : « le ministère public ne peut agir d'office, en matière civile, que dans les cas spécifiés par la loi ». A cette opinion s'en oppose une autre, suivant laquelle le ministère public peut agir d'office en vertu, non seulement de l'alinéa 1 de l'art. 46 mais encore de l'alinéa 2, lequel lui confère le droit d'action dans tous les cas intéressant l'ordre public.

Ces deux opinions sont presque totalement opposées, d'après l'une, le ministère public ne peut agir d'office, en matière civile, que de manière exceptionnelle, d'après l'autre il peut agir, sinon comme il l'entend, du moins dans un nombre de cas pratiquement indéterminé. Elles ont été soutenues fort éloquemment, sous les noms de système restrictif et système extensif, dans une grave et célèbre controverse qui n'est pas encore éteinte.

SECTION I. — LE SYSTEME RESTRICTIF.

Suivant les partisans du système restrictif, la loi du 20 avril 1810 ne peut avoir permis au ministère public d'agir d'office que dans les cas spécifiés par la loi, sinon cette loi aboutirait à une véritable contradiction.

En effet, disent-ils, les cas spécifiés par la loi intéressent nécessairement l'ordre public et c'est uniquement pour cela qu'ils sont spécifiés, car le législateur ne saurait charger le ministère public de protéger certains intérêts privés au détriment des autres, il ne peut avoir en vue que la protection des intérêts généraux de la société. Ceci posé comment, alors que l'alinéa 1^{er} de l'art. 46 accorde au ministère public le droit d'agir dans les cas spécifiés par la loi, l'alinéa 2 pourrait-il reconnaître l'existence de ce même droit dans tous les autres cas intéressant l'ordre public et qui ne sont pas spécifiés? Accorder un droit dans certains cas c'est évidemment le refuser dans les autres et, ainsi que le disait le conseiller Renault d'Ubexi devant la Chambre des requêtes, en 1860 (D. 1861, 1, 473) : « Ce serait, il faut l'avouer, une singulière rédaction que celle ainsi conçue : dans tous les cas intéressant l'ordre public, pour lesquels la loi le lui confère par une disposition spéciale, le ministère public a le droit d'agir d'office, ce droit lui appartient également dans tous les cas de même nature sur lesquels la loi ne s'est pas expliquée ».

Le second alinéa de l'article 46 ne peut donc logiquement signifier que le ministère public peut agir d'office dans tous les cas intéressant l'ordre public, mais alors il faut lui trouver un autre sens, car on ne peut soupçonner le législateur d'avoir parlé pour ne rien dire.

Ici, les opinions des partisans du système restrictif divergent légèrement. D'après les uns, le législateur a simplement, dans l'alinéa 2, voulu expliquer et justifier l'alinéa 1^{er}.

Cette opinion fut, notamment, celle de Debaeq (V. *De l'action du ministère public en matière civile*), ce fut aussi celle qu'exprimèrent les arrêts par lesquels la Cour de cassation adopta le système restrictif (V. 1^{er} août 1820, D. Alph., *Mariage*, n° 521, et Rép., 21 nov. 1860, D. 1861, 1, 473). Le conseil-

ler d'Ubexi la présentait ainsi : « Quoi de plus simple et de plus naturel que de rapprocher les deux paragraphes pour les interpréter l'un par l'autre et d'entendre l'article en ce sens que le ministère public n'agit d'office au civil, et ne poursuit l'exécution des lois, jugements et arrêts, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, qu'autant que ce droit d'action et d'exécution lui est spécialement attribué par la loi ».

Mais d'autres auteurs, plus récents, ne se contentent pas de cette explication, un peu simpliste, semble-t-il, et en présentent une autre, plus logique et qui, au moins, n'escamote pas l'alinéa 2 de l'art. 46 pour n'en laisser subsister que l'alinéa 1^{er}.

Ils remarquent qu'alors que l'al. 1^{er} porte : « Le ministère public agit d'office »... on lit à l'al. 2, après une première disposition qui concerne la surveillance de l'exécution des lois, arrêts et jugements : « Le ministère public poursuit d'office cette *exécution* ».

Peut-on logiquement penser que le législateur, ayant traité du droit d'action d'office dans le 1^{er} alinéa, et cela de manière parfaitement claire, y est revenu dans le second, après avoir envisagé une autre activité du ministère public? Rien ne le permet puisque, dans les deux alinéas, les mots employés sont différents.

Les mots « agir » et « poursuivre l'exécution » ne sont pas nécessairement synonymes, en dehors de l'action devant les tribunaux, il existe de nombreuses mesures d'exécution de la loi : injonctions, poursuites disciplinaires, requêtes gracieuses et surtout, réquisitoire du ministère public partie jointe. Ce sont toutes ces mesures extra-judiciaires et non plus l'action d'office que vise l'al. 2 de l'art. 46 (Voir Japiot, *Traité de procédure*, n° 241; Glasson et Tissier, *Traité*, p. 454; Garsonnet et Cézard-Bru, t. I, n° 207; Aubry et Rau, t. VII, § 454, note 27).

Le système restrictif n'est pas seulement, pour ses partisans, le seul conciliable avec le texte même de l'art. 46, c'est aussi le seul conforme à la tradition historique. Nous avons

vu, en effet, qu'il est à peu près certain que, sous l'Ancien Régime, les procureurs du Roi ne pouvaient agir d'office que dans certains cas spéciaux, en première instance, tout au moins. Nous avons également vu que la loi de 1790 posa le principe que le ministère public n'agit en matière civile que par voie de réquisition et que, malgré les assez nombreuses exceptions apportées à ce principe par diverses dispositions, les auteurs des Code civil et de procédure civile y restaient fermement attachés.

Pourquoi la loi de 1810 aurait-elle brusquement rompu avec la tradition? Accorder au ministère public le droit d'agir d'office à la seule condition que l'ordre public soit intéressé, ce n'est pas renverser entièrement le principe de la loi de 1790, mais c'est, au moins, lui porter une grave atteinte et cela ne peut se faire sans motif. De plus, à l'époque, un pareil revirement n'aurait pu passer inaperçu, s'il s'était effectivement produit, on devrait donc y trouver au moins des allusions dans les documents relatifs à la loi de 1810.

Or, que trouve-t-on dans les travaux préparatoires? Dans l'exposé des motifs, présenté par le comte Treilhard devant le Corps Législatif, on peut lire, au sujet du ministère public : « La loi l'a constitué encore, en matière civile, le protecteur du faible et de l'orphelin, il doit être entendu dans toutes les affaires des mineurs, des interdits, etc., enfin, il n'est aucune affaire d'ordre public qui lui soit étrangère, et le même ministère qui poursuit les crimes et les délits et qui protège notre honneur et notre vie dans les cours d'assises, garantit aussi nos propriétés dans les cours civiles » (Locré, t. XXV, p. 645).

Il n'est rien, dans ce pompeux discours, qui s'applique au rôle du ministère public partie principale, toute la première partie se rapporte au rôle de partie jointe et « il n'est aucune affaire d'ordre public qui lui soit étrangère », signifie simplement que le ministère public doit être entendu dans toutes les causes intéressant l'ordre public. Quant à l'affirmation que le ministère public « garantit nos propriétés dans les cours civiles », elle ne saurait impliquer que ledit ministère public peut agir devant les tribunaux civils aux lieux et

places des propriétaires, pour la défense de leur droit et, d'ailleurs, l'orateur semble surtout mû par le désir de bien balancer sa phrase.

Le comte Treilliard ne semble pas avoir considéré le texte qu'il défendait comme particulièrement important mais, plutôt, comme une reproduction de la loi de 1790 et de l'art. 83 du Code de procédure civile.

Quant au rapport de M. Noailles au Corps Législatif, il ne fait que reprendre les termes du projet de loi.

Ainsi, on prétend que la loi de 1810 a réalisé une innovation particulièrement importante et les travaux préparatoires n'en laissent soupçonner ni la gravité ni même l'existence.

On pourrait, à la rigueur, admettre que cette innovation se soit opérée, ainsi, presque subrepticement, si les termes de la loi de 1810 révélaient clairement l'intention du législateur ; or, l'al. 2 de l'art. 46 ne fait que reproduire et résumer, en une seule disposition, les articles 1, 5 et 6 du titre VIII de la loi de 1790 qui chargent le ministère public de faire observer les lois d'ordre général, de faire exécuter les jugements dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public et de veiller au maintien de la discipline. C'est une bien singulière façon d'abandonner un principe que de reproduire le texte qui le consacre.

En admettant, malgré tout, que la loi de 1810 ait consacré une nouvelle règle, on doit en trouver des applications dans les divers textes postérieurs, relatifs à des cas d'ordre public dans lesquels le ministère public pourrait agir.

Il se trouve, il est vrai, que, dans le décret du 18 juin 1811, l'art. 122, après avoir déterminé le mode de taxation et de recouvrement des frais de procédure faits sur la poursuite du ministère public en vertu des articles 50, 53, 184, 190, 192, 198 du Code civil, de l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI et de la loi du 25 ventôse an XI, ajoute qu'il en sera de même « généralement, dans tous les cas où le ministère public agit dans l'intérêt de la loi et pour assurer son exécution ». Faut-il y voir, comme on l'a prétendu, une allusion, une référence au principe qu'aurait posé la loi de 1810 ? Le texte ne le permet pas, il ne dit pas que le ministère public

agit dans toutes les circonstances d'ordre public, mais, simplement, qu'il y a des cas où le ministère public agit, dans l'intérêt de la loi et pour assurer son exécution; or, ces cas sont connus, ce sont les « cas spécifiés » dont l'art. 122 vise, d'ailleurs, les principaux, alors qu'il ne vise pas l'art. 46 de la loi de 1810. Par conséquent, le décret de 1811 pourrait plutôt être invoqué à l'appui du système restrictif que contre lui.

Sous la Restauration, les ordonnances du 24 septembre 1828 (art. 81, 82) et du 28 septembre 1828 (art. 73), organisant l'ordre judiciaire aux Antilles et à l'île Bourbon, déclarent que le ministère public « n'exercera son ministère par voie d'action que dans les cas spécifiés par les lois et ordonnances ». Ainsi, le gouvernement de la Restauration ne reconnaissait pas au ministère public le droit d'agir d'office dans les circonstances d'ordre public; il est vrai qu'il ne faisait que suivre la jurisprudence de l'époque.

Diverses lois, dont l'objet intéressait l'ordre public, ont reconnu expressément le droit d'action au ministère public, aurait-ce été nécessaire si la loi de 1810 avait reconnu ce droit d'une manière générale?

Ainsi, la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés accorde au ministère public le droit de provoquer certaines mesures de protection à l'égard des internés. La loi du 5 juillet 1844 le charge d'agir en nullité ou en déchéance de brevets d'invention, dans certaines circonstances d'ordre public, encore cela souleva-t-il des discussions : le rapporteur de la Commission de la Chambre des Députés, M. Philippe Dupin, déclara « que la Commission avait vu beaucoup d'inconvénients à ces actions principales accordées au ministère public et qui n'étaient que très exceptionnellement dans ses attributions » et le rapporteur de la Chambre des Pairs, M. de Barthélémy, critiqua également ces actions intentées par les procureurs « d'après leurs propres idées et la seule impulsion de leurs lumières personnelles » (Duvergier, 1844, p. 611).

De même, la loi du 10 juillet 1850 sur la publicité du contrat de mariage, la loi de 1884 sur les syndicats, les lois de 1901 et 1904 sur les associations et congrégations religieuses,

la loi du 10 août 1927 sur la nationalité, attribuent expressément le droit d'action au ministère public.

Ne faut-il pas en conclure que l'al. 2 de l'art. 46 n'a pas la portée qu'on lui attribue et que le législateur considère toujours le droit d'action du ministère public comme exceptionnel et découlant seulement de textes spéciaux.

Un autre argument *a contrario* est encore invoqué par les partisans du système restrictif, tout au moins par quelques-uns, car d'autres ne le jugent pas très solide. L'art. 83 du Code pr. civ. donne au ministère public le rôle de partie jointe dans toutes les causes intéressant l'ordre public, s'il lui assigne ce rôle, c'est qu'il lui refuse celui de partie principale; dans ces mêmes causes, donner le moins, c'est refuser le plus; ou bien faut-il distinguer suivant que l'intérêt d'ordre public est plus ou moins grave pour permettre au ministère public d'agir, soit par voie d'action, soit par voie de réquisition? En admettant qu'elle soit possible, rien dans le texte n'autorise pareille distinction.

Arrivons enfin au dernier argument, le dernier parce qu'il ne s'appuie pas sur des textes, mais le plus cher aux partisans du système restrictif et celui, sans doute, qui a le plus contribué à former leur opinion : attribuer au ministère public le droit d'agir d'office dans toutes les circonstances intéressant l'ordre public serait dangereux pour les intérêts privés et contraire aux principes de notre droit.

En effet, qu'est-ce qu'agir en droit privé, selon la doctrine classique? C'est demander à la justice la reconnaissance ou la protection d'un droit dont on est investi par la loi. Il faut donc, pour agir en justice, être titulaire d'un droit et même : « l'action n'est autre chose que le droit lui-même, qui reste, pour ainsi dire, passif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé » (Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité de procédure*, I). L'action, d'autre part, n'est recevable que si le droit est méconnu ou violé, car, pour agir, il faut y avoir intérêt. Ce sont les deux grandes formules de notre procédure civile : pas de droit, pas d'action; pas d'intérêt, pas d'action.

Or, quand le ministère public agit d'office en matière civile,

il ne demande pas la reconnaissance d'un droit subjectif, d'une prérogative lui appartenant, il réclame, au nom de la société, l'application de la loi.

Il s'immisce ainsi dans les affaires privées car, dans les procès civils si, parfois, l'intérêt général peut se trouver engagé, les intérêts privés prédominent et c'est aux parties seules qu'il appartient d'apprécier la nécessité et l'opportunité d'une contestation judiciaire.

Le droit d'action du ministère public paraît donc exorbitant, si parfois les exigences de l'intérêt général sont telles qu'elles le justifient, ce ne peut être qu'exceptionnellement et dans des cas strictement déterminés par la loi. Or, c'est dans toutes les circonstances d'ordre public que l'on voudrait permettre au ministère public d'agir, faisant ainsi appel à la plus imprécise des notions pour lui attribuer une compétence qui, moins que toute autre, ne doit être incertaine.

S'il est relativement facile de donner de l'ordre public une définition générale, qui peut dire, dans un cas concret, s'il est vraiment en jeu? « Il n'est rien d'élastique comme l'ordre public et l'intérêt général, on les retrouve au fond de la plupart des procès civils qui tous, ou presque tous, y touchent par quelque point et il n'y aurait plus de sécurité dans les transactions si, en dehors des cas spécialement prévus par la loi, on avait constamment à redouter l'initiative d'une action qu'un intérêt d'ordre public, mal défini ou mal apprécié, suffirait à justifier » (Conseiller d'Ubexi, D. 1860, 1, 473).

Ainsi, le droit d'action du ministère public serait limité, théoriquement, par l'exigence d'un intérêt d'ordre public mais, comme il est facile d'invoquer cet intérêt, pratiquement les limites n'existeraient pour ainsi dire plus.

De plus, le ministère public est l'agent du gouvernement auprès des tribunaux, il obéit à des ordres qui peuvent être inspirés par des considérations politiques et non par un souci de stricte justice et il n'est pas responsable sauf les cas très rares de prise à partie. Lui accorder des pouvoirs aussi larges que mal définis « laisserait le champ libre à l'arbitraire dans une matière qui ne le comporte pas ».

Il est vrai que les tribunaux apprécieraient la recevabilité

de l'action du ministère public et la repousseraient si elle était mal fondée, mais le trouble n'en serait pas moins porté dans les affaires privées, un procès, quelle que soit son issue, est toujours une cause de scandales et d'ennuis. De plus, il est de règle que, lorsque le ministère public succombe, l'Etat ne paie que les frais par lui exposés et l'adversaire, victime d'un zèle malencontreux, doit acquitter ses propres frais.

Ainsi, accorder au ministère public le pouvoir d'agir d'office dans toutes les circonstances d'ordre public serait une véritable source d'abus, d'autre part cela n'est nullement nécessaire car, dans les hypothèses où des considérations très sérieuses d'intérêt général exigent son intervention, le ministère public peut agir en vertu d'une disposition expresse de la loi; dans les autres cas il n'est pas désarmé, car toutes les causes d'ordre public lui étant communicables (art. 83 C. pr. civ.), il peut veiller à la bonne application de la loi.

EXAMEN DU SYSTEME RESTRICTIF

Le système restrictif est défendu par de nombreux et éminents auteurs, il s'appuie sur des arguments dont on ne saurait méconnaître la valeur, cependant il prête aussi à la critique; il suffirait, pour s'en convaincre, d'examiner le système opposé, mais, indépendamment de ce système, on peut présenter quelques observations.

Tout d'abord, le système restrictif est basé sur l'affirmation que l'al. 2 de l'art. 46 de la loi de 1810, interprété extensivement, serait en contradiction avec l'al. 1^{er}, qui ne permet au ministère public d'agir que dans les cas spécifiés par la loi car : « le droit d'action accordé au ministère public en ma-

Voir dans ce sens : Demolombe, t. I, n^{os} 151 et 312; Taulier, t. I, p. 181; Duvergier, sur Toullier, t. I, n^o 591; Aubry et Rau, t. VII, § 454, note 27; Massabiau, *Manuel du min. pub.*, t. I, n^{os} 569 et s.; Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1867, p. 90; Lafontaine, *Rev. crit.*, 1862, p. 385; Debaeq, op. cité, p. 76 et suiv.; Varelles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*; Ortolan et Ledeau, *Min. pub. en France*, t. I, p. 162; Glasson et Tissier, t. I, p. 456; Morel, n^o 161; Garsonnet et César-Bru, t. I, p. 327; Japiot, *Traité*, n^o 241, et le cours de M. Solus.

tière civile est toujours fondé sur des considérations plus ou moins graves d'ordre public » (Aubry et Rau). Il est évident que la loi serait parfaitement illogique si, ayant accordé au ministère public le droit d'agir dans les cas intéressant l'ordre public qui sont spécifiés par la loi, elle lui conférerait ensuite ce droit dans tous les autres cas de même nature qui ne sont pas spécifiés. Mais est-il exact que tous les cas spécifiés intéressent l'ordre public? Cette affirmation est contestée par les partisans du système extensif qui citent plusieurs cas spécifiés et étrangers à l'ordre public; pour le moment, remarquons qu'elle se relie à une conception de l'ordre public qui, nous le verrons, n'est peut-être pas exacte du point de vue de l'art. 46 de la loi de 1810.

Quant aux autres arguments, celui que l'on peut tirer de la tradition historique est très fort tant qu'il n'est pas démontré que le législateur de 1810 avait des motifs sérieux de rompre avec cette tradition, les partisans du système extensif tentent cette démonstration, mais il reste troublant de constater le silence des travaux préparatoires sur ce point.

On ne peut rien déduire de certain de l'art. 83 C. proc. civ. et des lois postérieures à 1810. L'art. 83 du C. pr. civ., en effet, s'il attribue au ministère public le rôle de partie jointe dans les causes concernant l'ordre public, ne lui refuse pas nécessairement le rôle de partie principale dans ces mêmes causes. On conçoit très bien que le procès ayant été engagé par les particuliers, le ministère public se borne à prononcer des conclusions et que, les parties intéressées n'agissant pas, il prenne lui-même l'initiative de l'action. Au surplus, quand bien même l'art. 83 interdirait la voie d'action au ministère public, la loi de 1810, qui lui est postérieure, pourrait le modifier sur ce point.

Quant aux lois qui accordent expressément le droit d'action au ministère public, pourquoi les considérer comme des exceptions à un principe général plutôt que comme des applications du principe contraire? Entendue dans ce sens, la spécification légale n'est pas inutile, elle évite toute discussion au sujet de la recevabilité de l'action d'office dans les cas d'ordre public, recevabilité qui a été fort contestée en jurispru-

dence comme en doctrine et, d'autre part, elle dispense le ministère public de justifier, dans le cas spécifié, d'un intérêt d'ordre public.

Reste à examiner le suprême argument du système restrictif, argument tiré du caractère exorbitant et dangereux de l'action du ministère public dans toutes les circonstances d'ordre public.

Remarquons, tout d'abord, que cet argument n'a de valeur que parce qu'il y a doute sur le sens de l'art. 46, on ne saurait écarter une disposition expresse sous le prétexte qu'elle est une source d'abus. Mais l'action d'office du ministère public en matière civile a-t-elle vraiment un caractère exorbitant?

Il est évident que si l'on considère, selon la doctrine classique, qu'en droit privé le contentieux est subjectif, que l'action en justice ne tend qu'à la reconnaissance d'un droit méconnu ou violé et n'est que ce droit « passé de la puissance à l'acte » (Cuche), le ministère public, agissant d'office, empiète sur les prérogatives des particuliers.

Mais l'action en justice ne tend-elle qu'à la reconnaissance du droit méconnu? Pour l'individu qui l'exerce, oui, mais qui dit droit méconnu dit règle de droit violée et c'est en appliquant cette règle que le juge fera reconnaître le droit.

Le contentieux, même en droit privé, n'est donc pas uniquement subjectif, il est aussi objectif, pour certains auteurs il n'est même que cela (V. Duguit, *Dr. constit.*, t. I, p. 203; t. II, p. 322). Pourquoi, alors, serait-il anormal que, lorsque les particuliers n'ont pas intérêt à demander l'application de la loi ou préfèrent ne pas le faire, le ministère public agisse pour faire respecter cette loi dans les cas où l'intérêt général l'exige?

Il est cependant exact que l'intervention du ministère public dans les affaires privées leur est préjudiciable, elle l'est dans les cas spécifiés, elle le serait plus encore, dit-on, si on l'admettait dans toutes les circonstances d'ordre public car, alors, elle pourrait s'exercer sans limites.

Mais la notion d'ordre public est-elle vraiment si vague, si imprécise? Quand on l'étudie du point de vue des art. 6

et 1133 du C. civ., elle soulève des difficultés, mais on ne la déclare pas inapplicable. Relativement au droit d'action du ministère public, son application ne paraît-elle pas si dangereuse aux partisans du système restrictif parce qu'ils s'en font une conception très large; pour eux, en effet, tous les cas spécifiés touchent à l'ordre public, mais ils l'avouent plus ou moins.

Reconnaître au ministère public le droit d'agir d'office dans tous les cas où l'ordre public est en jeu, de quelque manière et à quelque degré que ce soit, serait vraiment dangereux et excessif; mais est-ce de cela qu'il s'agit? La spécification légale n'est pas complète, elle comporte des lacunes et le ministère public peut se trouver désarmé dans une circonstance où l'ordre public exige son intervention, quoi qu'en disent ses partisans, c'est là le danger du système restrictif. Ne peut-on y remédier sans encourir un autre danger et accorder au ministère public le droit d'agir d'office pour la défense de l'ordre public, tout en précisant cette notion, en lui assignant un domaine, sinon strict, du moins assez restreint? Nous verrons quels sont, à ce sujet, les points de vue des auteurs qui défendent le système extensif et de la jurisprudence et les conclusions que l'on en peut tirer.

SECTION II. — LE SYSTEME EXTENSIF.

Selon l'avis d'une partie de la doctrine, l'al. 2 de l'art. 46 de la loi de 1810 attribue au ministère public le droit d'agir d'office en exécution des dispositions d'ordre public, cette interprétation étant seule conforme au texte et se justifiant par de solides arguments.

Que l'interprétation extensive soit la seule conforme au texte de l'art. 46, nous avons vu que tel n'est pas l'avis de partisans du système restrictif, qui attribuent cette qualité à leur propre interprétation. Mais l'opinion restrictive fait état de la contradiction qui existerait entre l'al. 2 de l'article 46, s'il donnait au ministère public le droit d'agir d'office dans tous les cas intéressant l'ordre public, et l'al. 1^{er}, qui ne permet cette action que dans les cas spécifiés par la loi.

Or, il n'y aurait contradiction que si tous les cas spécifiés par la loi touchaient à l'ordre public et en est-il bien ainsi?

L'existence d'un intérêt d'ordre public n'est pas contestable dans la plupart des cas spécifiés par la loi; ainsi l'action du ministère public en nullité de mariage (art. 184 et 191), ou en déchéance de nationalité (L. 10 août 1927), pour ne citer que ces deux exemples, intéressent au plus haut point l'ordre public; mais il est des hypothèses où cela est bien moins évident.

Parmi ces hypothèses, la plus fréquemment citée est celle de l'art. 114 C. civ., qui charge le ministère public de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, c'est-à-dire de requérir des mesures gracieuses, conservatoires de leur patrimoine.

En quoi l'ordre public est-il intéressé à cette protection des intérêts particuliers de l'absent? Il est vrai que cela touche à la protection des personnes incapables de se défendre elles-mêmes, l'absent est dans l'impossibilité matérielle de gérer son patrimoine et il n'a pas de représentant comme le mineur ou l'interdit, c'est donc au ministère public de veiller à ses intérêts. Or, bien qu'il y ait des discussions à ce sujet, la protection des incapables est généralement considérée comme d'ordre public, car l'intérêt général de la société exige qu'on ne puisse profiter de l'incapacité ou de l'impuissance de certains individus pour méconnaître leurs droits. Il n'en reste pas moins que les mesures provoquées par le ministère public, en vertu de l'art. 114, ne profitent directement qu'à l'absent, que ce sont ses intérêts personnels qui sont protégés bien plus que ceux de la société; on peut donc se demander si, à supposer qu'il n'y ait pas spécification légale, on admettrait que, dans ce cas, l'ordre public exige l'intervention du ministère public.

L'intérêt d'ordre public apparaît avec moins d'évidence encore dans le cas des art. 1057 et 1061 C. civ., qui chargent le ministère public de provoquer la déchéance du grevé de substitution qui ne se conforme pas aux dispositions de la loi et de requérir l'inventaire des biens substitués, ces me-

sures étant prises uniquement dans l'intérêt particulier des appelés.

Quant à la disposition de l'art. 2138, qui charge le ministère public de requérir l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, ce qui n'est d'ailleurs qu'une mesure administrative, se justifie-t-elle par des considérations d'ordre public, alors que la non-inscription de l'hypothèque n'entraîne pas son inopposabilité aux tiers ?

Enfin, il est un cas dans lequel il résulte des termes mêmes de la loi que l'ordre public n'est pas intéressé à l'action du ministère public : l'art. 491 C. civ. déclare : « Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par les parents ni par l'époux, elle doit l'être par le procureur de la République qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus ». Dans le cas de fureur, le ministère public est tenu de provoquer l'interdiction et l'intérêt d'ordre public paraît incontestable, il n'en est pas de même dans les cas d'imbécillité ou de démence car, non seulement le ministère public n'est pas alors obligé d'agir, mais encore il ne peut le faire si le dément a un époux ou deux parents connus. Si l'ordre public était en jeu, on comprendrait que le ministère public reste libre d'apprécier l'opportunité de son action, mais on ne pourrait admettre que l'on s'en remette, pour cette appréciation, à de simples particuliers plus soucieux de leurs propres intérêts que de l'intérêt social.

On peut rapprocher de l'art. 491 C. civ. l'art. 32 de la loi du 30 juin 1838, qui permet à certaines personnes et au ministère public de provoquer la nomination d'un administrateur provisoire aux biens de l'interné non interdit et qui dispose que cette nomination n'aura lieu qu'après délibération du conseil de famille.

Si cette mesure intéressait réellement l'ordre public, le conseil de famille ne serait pas qualifié pour en apprécier la nécessité.

Dans tous ces cas, l'intérêt d'ordre public ne paraît pas suffisant pour justifier l'action du ministère public, le légis-

lateur a surtout voulu protéger certains intérêts privés, moins bien défendus que les autres; il a certes obéi à des considérations de justice et d'humanité que l'on pourrait rattacher à l'ordre public, très largement entendu, mais, directement, les mesures provoquées par le ministère public n'intéressent que des particuliers et non la société.

Les cas spécifiés par la loi n'intéressent donc pas tous l'ordre public; cela étant, il n'y a pas de contradiction entre l'al. 1^{er} de l'art. 46 et l'al. 2 interprété largement et le système restrictif perd un de ses principaux arguments.

D'autre part, l'interprétation restrictive de l'art. 46 supprime l'al. 2 pour ne laisser subsister que l'al. 1^{er}, entendu dans le sens que « le ministère public n'agit d'office, en matière civile, que dans les cas fixés par la loi ». Elle s'efforce, il est vrai, de restituer un sens à cet al. 2 en disant, soit qu'il ne fait que préciser et justifier l'al. 1^{er}, soit qu'il permet de simples mesures extra-judiciaires, mais ces deux explications sont également inadmissibles. D'une part, comment attribuer au législateur l'intention de développer et préciser une disposition par elle-même fort claire, alors que « ce prétendu développement ne serait qu'une ridicule, fastidieuse et obscure répétition » (Merlin)? En allant plus loin, on peut même dire que cette explication restreint la portée de l'al. 1^{er} car, ne permettre au ministère public d'agir que lorsqu'il y a à la fois circonstance d'ordre public et disposition formelle de la loi, conduit à lui refuser ce droit dans certains cas spécifiés étrangers à l'ordre public.

D'autre part, on ne conçoit pas comment on peut poursuivre d'office l'exécution de la loi sans recourir à la mesure essentielle qu'est l'action en justice; d'ailleurs, si l'on admet que le droit de « poursuivre » ne contient pas celui « d'agir », il faut l'admettre pour l'exécution des jugements comme pour celle des lois, puisque l'art. 46 ne fait pas de distinction; or, même sous l'empire de la loi de 1790, on reconnaissait au ministère public le droit de poursuivre devant les tribunaux l'exécution des jugements (art. 5, titre VIII).

En réalité, l'art. 46 contient deux dispositions claires et distinctes, la première confère au ministère public le droit

d'agir d'office dans les cas spécifiés par la loi, quelle que soit la considération qui motive cette spécification; la seconde édicte une règle générale pour la protection de l'ordre public, elle permet au ministère public d'agir dans tous les cas où cet ordre public est en jeu, sans qu'il soit besoin d'une disposition spéciale de la loi.

Ayant ainsi démontré que l'interprétation qu'ils donnent de l'art. 46 est la seule qui soit conforme à ce texte, les partisans du système extensif doivent répondre à une objection immédiate et fort grave, tirée du fait que, avant 1810, le ministère public n'a jamais eu le pouvoir d'agir, en matière civile, que dans des cas spéciaux.

Nous avons vu que l'un d'entre eux, le procureur général Dupin, supprimait purement et simplement l'objection en soutenant que, dans l'ancien droit, le ministère public pouvait agir d'office pour la défense de l'ordre public et que l'art. 1^{er}, titre VIII, de la loi du 16 août 1790 le confirmait dans ces « fonctions politiques ». Il ne paraît pas possible de suivre le procureur Dupin sur ce terrain et les autres partisans du système extensif reconnaissent que la loi de 1790 interdit au ministère public la voie d'action.

Mais que la tradition historique soit dans un certain sens, cela n'implique pas que le législateur doive s'y conformer en dépit des circonstances et de l'évolution des idées. Or, le législateur de 1810 avait de fortes raisons d'accroître les pouvoirs du ministère public en matière civile.

La loi de 1790, loi politique conçue dans un esprit de défiance envers les agents du roi, ne visait qu'à restreindre au delà du possible leurs pouvoirs devant les tribunaux. En 1810, on était loin de telles préoccupations, la tendance générale était d'accroître les pouvoirs de tous les agents du gouvernement, pourquoi le ministère public n'en aurait-il pas bénéficié ? « Sous un pouvoir devant lequel l'univers se courbe, on restitue au ministère public son autorité légitime, sans se préoccuper de l'envie qui cherche à l'abaisser » (Procureur Chaix d'Est-Ange : D. 1861, 2, 41).

Abstraction faite de ces considérations générales, il res-

taient encore le souci de remédier aux inconvénients pratiques de la loi de 1790; un tel souci n'était pas nouveau, des lois successives et diverses dispositions du Code civil avaient déjà permis l'action d'office dans un certain nombre de cas, mais des faits précis vinrent montrer que le ministère public restait encore désarmé devant certaines atteintes à l'ordre public.

Ce furent les scandales qui donnèrent lieu aux arrêts de Bruxelles et de Pau. Nous connaissons les faits : il s'agissait de mariages dont l'annulation avait été frauduleusement obtenue pour permettre à l'un des époux de contracter une seconde union; devant le scandale, les procureurs de Bruxelles et de Pau sentirent la nécessité d'agir et demandèrent des instructions au Grand Juge.

Nous avons sur ce point un témoignage extrêmement important, celui de Merlin (*Rép. Mariage*, t. VI, § 3); le Grand Juge hésita, puis donna l'ordre d'appeler, et les deux décisions annulant des mariages valables furent réformées par les arrêts de Bruxelles, 1^{er} août 1808, et Pau, 28 janvier 1809. Or, dit Merlin, la solution contraire eût été « un scandale affligeant pour l'ordre public », mais la seule conciliable avec la loi de 1790, car l'argument d'analogie tiré des art. 189 et 191 et invoqué par les deux Cours n'est pas sérieusement soutenable. La loi de 1790, ni aucun texte spécial, ne permettant au ministère public d'agir en validité de mariage, il avait donc fallu recourir à une sorte d'expédient pour que les scandales pussent être réprimés. Il était indispensable de remédier à cet état de choses; « le législateur, averti par les arrêts de ces deux Cours de la nécessité qu'il y avait de faire cesser pour les magistrats la position pénible où les plaçait le choc de la loi et de la morale, devait se hâter de rectifier l'une et de la remettre en harmonie avec l'autre, c'est ce qu'il a fait par l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 ».

Il est vrai que le texte de la loi de 1810 reproduit, dans une certaine mesure, celui de la loi de 1790, mais il est normal qu'une loi réglant certaines attributions s'inspire, dans sa rédaction, de la loi précédente ayant le même objet et, surtout, la loi de 1810 fait plus que reproduire la loi de 1790,

elle la complète. En 1810, la loi ne pose plus, comme en 1790, le principe que le ministère public a « seulement » le droit de réquisition, et elle charge le parquet de poursuivre l'exécution, non seulement des jugements et arrêts, mais aussi des lois intéressant l'ordre public. C'est dans cette addition du mot *lois* que réside toute l'innovation. « Elle étend évidemment à l'exécution des lois, dans celles de leurs dispositions qui intéressent l'ordre public, le droit d'agir au civil que la loi de 1790 restreignait à l'exécution des jugements aux dispositions desquels l'ordre public est intéressé » (Merlin, *ibid.*).

Il reste, cependant, à expliquer le silence des travaux préparatoires, mais est-ce si difficile? L'innovation réalisée par l'art. 46 de la loi de 1810 n'était pas radicale, dès après la loi de 1790, une évolution continue s'était faite en faveur du droit d'action du ministère public et la loi de 1790, elle-même, conférait déjà aux commissaires du roi le droit de poursuivre l'exécution des jugements intéressant l'ordre public; il ne s'agissait donc que de suivre une voie déjà tracée.

Au surplus, après de récents scandales, la réforme pouvait sembler si nécessaire qu'on ne la discutait même pas, ce qui peut expliquer le silence des rapporteurs sur ce point, d'autant que ceux-ci, que l'on ne peut considérer comme des juristes très avertis, ne soupçonnaient sans doute pas dans quelle mesure les pouvoirs du ministère public allaient se trouver accrus.

Faute de trouver des arguments en faveur du système extensif dans les travaux préparatoires de la loi de 1810, certains auteurs, invoquent le projet de loi présenté par le Grand Juge et retrouvé par M. Alglave dans les archives du Conseil d'Etat, archives qui, depuis, furent brûlées lors de la Commune.

Le projet du Grand Juge, en date du 18 novembre 1808, était ainsi conçu : « En matière civile, les procureurs généraux agiront d'office dans tous les cas qui intéresseront l'ordre public et qui seront spécifiés par la loi.

« Ils surveilleront en général l'exécution des lois, des arrêts et des jugements. »

La Section de Législation présenta un second projet, qui devait l'emporter. M. Alglave voit dans le premier projet de loi la confirmation du système extensif, car, selon cet auteur, il signifie que le ministère public agit d'office et dans les cas intéressant l'ordre public et dans les cas spécifiés par la loi, et la modification qui lui a été apportée ne touche qu'à la disposition matérielle et non à son contenu (V. Alglave, *Action du min. publ. en matière civile*, p. 335). Pour d'autres auteurs (V. Cuche, *Traité de procédure*, p. 147), le premier projet de loi a été modifié parce que sa rédaction prêtait à équivoque et que l'on a voulu marquer que les deux conditions : disposition expresse de la loi et intérêt d'ordre public, peuvent exister séparément.

Ayant exposé les divers arguments qui justifient l'intégration qu'ils donnent de l'art. 46, les partisans du système extensif s'attachent à démontrer que c'est à tort que cette interprétation est considérée comme dangereuse pour les intérêts des particuliers.

Que l'action du ministère public soit, en matière civile, préjudiciable à certains intérêts privés, on peut l'admettre, mais cela ne résulte pas de l'adoption du système extensif, cela est vrai même dans les cas spécifiés par la loi, cela est encore plus vrai en matière criminelle, où le rôle du parquet est extrêmement important, sans que cela suscite de critiques.

On s'exagère, d'ailleurs, le danger, car c'est sans raison que l'on soupçonne le ministère public de vouloir porter le désordre et le scandale dans les familles, les magistrats du parquet ayant toujours fait preuve de la plus grande modération dans l'exercice de leurs fonctions. Il est vrai que, si l'on craint le ministère public, c'est en tant qu'agent du gouvernement, mais c'est oublier qu'il est avant tout le défenseur de la société et que c'est dans un esprit d'indépendance et d'impartialité qu'il remplit sa tâche. Le Garde des sceaux peut adresser des injonctions aux magistrats du parquet afin qu'ils exercent ou qu'ils s'abstiennent d'exercer l'action d'office, il peut les révoquer ou les déplacer s'ils ne s'y confor-

ment pas, mais là se bornent ses pouvoirs. En effet, le ministère public, s'il exerce une action pour se conformer aux ordres reçus, reste libre de conclure en sens inverse de sa demande en vertu de l'adage : « La plume est servie, mais la parole est libre », s'il refuse d'exercer une action, le Garde des sceaux peut user de sanctions, mais ne peut se substituer à lui ; d'autre part, une action exercée par le ministère public malgré une défense formelle, n'en est pas moins valable et recevable (Voir la lettre du procureur général Bellart, citée par Dupin : D. 1862, 1, 5).

Mais le danger, dit-on, ne réside pas seulement dans la possibilité d'arbitraire et d'excès de zèle, les pouvoirs du ministère public, si on ne les limitait que par des considérations d'ordre public, seraient en eux-mêmes excessifs, la notion d'ordre public, étant beaucoup trop imprécise pour servir de base à une compétence.

Si l'on prétendait ouvrir au ministère public le droit d'agir d'office dans toutes les circonstances où un intérêt d'ordre public se trouve en jeu, à quelque degré que ce soit, ce serait certes excessif et déplorable pour les intérêts privés, mais les partisans du système extensif ne vont pas si loin. Le procureur général Dupin, qui défendait avec acharnement la cause du ministère public, déclarait devant la Chambre civile : « On vous a présenté le ministère public parcourant, une torche à la main, tous les registres de l'état civil, jetant le trouble et l'anxiété dans les familles, a-t-on oublié ce point déjà acquis dans la discussion, que le droit du ministère public ne s'exerce pas d'office dans les questions de paternité, de filiation et de désaveu qui constituent l'état civil proprement dit des citoyens et qui sont leur propriété... Ce n'est donc que lorsque une affaire cesse d'avoir un caractère privé pour revêtir un caractère d'ordre public que l'attitude du ministère public change et qu'il peut se constituer partie principale » (D. 1862, 1, 5).

Le domaine de l'ordre public, au point de vue de l'application de l'art. 46 de la loi de 1810, n'est donc pas si large que l'on veut le dire, puisque l'on en exclut les questions d'état, que l'on considère pourtant comme étant d'ordre pu-

blic du point de vue des art. 6 et 1133 du Code civ. C'est que l'intérêt général exige que l'état des personnes soit déterminé de façon certaine et permanente et pour tous selon les mêmes règles, que, par conséquent, tous les actes ou conventions contraire à ces règles soient sans valeur. Mais l'on ne conçoit pas que le ministère public puisse, sous prétexte de faire appliquer une disposition d'ordre public, exercer des recherches dans la vie privée des familles et prétendre faire restituer à chacun son véritable état. Les questions de paternité, de filiation, de désaveu, mettent en jeu l'honneur et la paix des familles, elles sont essentiellement d'intérêt privé; il y a là une sorte de domaine interdit dans lequel le ministère public ne peut pénétrer sans autorisation expresse de la loi.

Le conseiller Laborie, dans la même discussion, précisait encore plus nettement les limites du droit d'action du ministère public : « Le ministère public n'aura le droit d'agir d'office que lorsqu'il s'agira de poursuivre l'exécution des lois, de même que celle des jugements ou arrêts, dans les dispositions qui intéressent directement l'ordre public, dans celles, où l'intérêt public prédomine exclusivement, dans celles, en un mot, qui, intéressant l'ordre public avant tout et par-dessus tout, resteraient inefficaces et sans exécution si l'ordre public n'avait pas un représentant autorisé, un mandataire ayant mission d'agir pour lui » (D. 1862, 1, 20; voir dans le même sens : avocat Corbisier, *Belgique judiciaire*, 1861, p. 1442; Edouard Périer, *Revue critique*, 1865, p. 510).

Cet effort en vue de limiter le droit d'action du ministère public aux cas où l'ordre public est directement intéressé, n'est cependant pas tenté par tous les partisans du système extensif; Alglave, par exemple, se contente de chercher à préciser la notion d'ordre public sans en marquer la relativité. Il tente de donner un critérium satisfaisant des lois d'ordre public en soutenant, tout d'abord, que tous les droits privés sont susceptibles d'une évaluation en argent, bien que la réciprocité ne soit pas toujours vraie, il suffit de reconnaître qu'un droit ne peut être estimé en argent pour être certain que la disposition dont il résulte est d'ordre public.

D'autre part, et c'est un second critérium, l'ordre public embrasse toutes les prescriptions auxquelles la loi défend d'une manière absolue de déroger, car ces prescriptions n'ont pas été édictées dans l'intérêt des particuliers, mais dans celui de la société. L'action d'office du ministère public apparaît comme une sanction contre la renonciation tacite au bénéfice de ces prescriptions et, suivant l'auteur, si l'on applique à la fois les deux critères, les pouvoirs du ministère public sont suffisamment précisés et limités.

Enfin, en admettant même, dans une certaine mesure, que l'attribution au ministère public du droit d'agir d'office dans les circonstances d'ordre public permette des abus ou des excès de zèle, le danger n'est pas si grand, puisque la recevabilité de l'action du ministère public est soumise à l'appréciation des tribunaux. Si l'action est intentée à tort, les juges sauront faire respecter les intérêts privés des citoyens et rappeler au ministère public que ses pouvoirs ont des bornes; le procureur Chaix d'Est-ANGE ne déclarait-il pas : « La barrière dont nous aurions besoin, s'il en fallait une à notre conscience nous la trouverions ici, devant nous, et votre prudence saurait modérer l'ardeur de notre zèle » (D. 1861, 2, 41).

EXAMEN DU SYSTEME EXTENSIF

Le système extensif est défendu, avec plus ou moins de modération, par de nombreux auteurs qui invoquent de très sérieux arguments; cependant, pas plus que le système restrictif, il n'échappe à la critique.

Qu'il prétende avoir pour lui le texte de la loi, cela n'est pas décisif, car la loi de 1810 est obscure, c'est le seul point

Voir, en ce sens extensif : Merlin, *Rép. Mariage*, t. VI, § 3; Marcadé, t. I, sur l'art. 99, n° 2; Valette, *Explication du Code civ.*, p. 123 et suiv.; Tulemans, *Rép. de dr. adm.*, *Actes de Pét. civ.*, n° 6; Demante, t. I, n° 127 bis; Massé et Vergé, sur Zachariae, t. I, p. 108; Bertin, *Chambre du conseil*, t. I, n° 149; Frèrejoutan du Saint, *Action du min. pub. en mat. civ.*, p. 126 et suiv.; Alglave, op. cité; Périer, *Rev. crit.*, 1865, p. 510; Cuche, *Petit tr. de pr.*, p. 147.

sur lequel on soit d'accord, et il est facile d'en tirer ce que l'on veut y trouver.

Que penser de l'explication, de la justification d'une réforme de la loi de 1790 par la nécessité de remédier aux lacunes de cette loi, nécessité mise en évidence par certains scandales?

En elle-même elle n'est pas convaincante. En effet, que le ministre de la Justice ait jugé, lors des affaires de Bruxelles et de Pau, que l'ordre public exigeait que le ministère public ait le droit d'agir en validité de mariage, cela est indéniable, mais pensait-il que, pour cela, il fallait réformer la loi de 1790?

Le résumé des instructions du Grand Juge au procureur général de Pau a été retrouvé et produit lors de l'affaire Vergniol, en 1851; le Grand Juge déclarait : « Il est des circonstances où le procureur impérial peut poursuivre d'office la nullité d'un mariage, alors même que les parties contractantes consentiraient à l'exécuter et il doit également protéger celui qui a été fait conformément à la loi et ne peut permettre qu'on puisse dissoudre par voie d'action celles que la loi a autorisées. Dans ces fonctions, comme dans toutes les autres, le procureur impérial est subordonné au procureur général, lequel peut appeler d'un jugement de première instance qui, adoptant les conclusions du procureur impérial, aurait déclaré nul, sur la demande d'un époux non contredit par l'autre, un mariage évidemment valable » (S. 1851, 2, 474).

Que l'argument d'analogie tiré des articles 184 et 191 soit contestable, il n'en reste pas moins que le Grand Juge paraissait fort bien s'en contenter et que les Cours de Bruxelles et de Pau l'adoptèrent sans difficulté. On conçoit donc mal que le législateur de 1810 ait cru nécessaire de modifier la loi de 1790 pour permettre au ministère public d'agir d'office, d'une manière générale, dans toutes les circonstances d'ordre public, alors que la question ne s'était posée que dans une hypothèse particulière et avait été résolue de façon satisfaisante.

Cependant, sur ce point, nous avons le témoignage de Mer-

lin, dont l'autorité est indiscutée, qui parle « de science personnellement certaine », qui, en sa qualité de procureur général près la Cour de cassation et de conseiller d'Etat, a certainement été consulté lors de la confection de la loi. Soutenu par lui, l'argument, en lui-même assez faible, acquiert une singulière valeur.

Quant au premier projet de la loi de 1810, il n'apporte pas beaucoup de lumière à la discussion, car il peut très bien signifier que le ministère public ne peut agir que dans les cas qui sont à la fois d'ordre public et spécifiés par la loi et la modification qui lui a été apportée peut n'avoir pas été inspirée par le désir de dissocier les deux conditions.

Reste à examiner la plus grave des critiques que l'on adresse au système extensif et suivant laquelle l'attribution au ministère public du droit d'agir d'office dans tous les cas intéressant l'ordre public serait des plus dangereuses pour les intérêts des particuliers.

Cette critique est justifiée s'il s'agit de permettre au ministère public d'intervenir à tout moment dans les affaires privées sous prétexte de faire appliquer toute disposition dite d'ordre public au sens de l'article 6 du Code civ.; car, annuler une convention contraire à l'ordre public quand une contestation relative à cette convention s'élève devant les tribunaux et faire appliquer une disposition d'ordre public à l'encontre de la volonté des particuliers, sont deux choses bien différentes. L'ordre public, lui-même, exige que l'on respecte dans la plus large mesure la stabilité des affaires privées et que les particuliers ne soient pas perpétuellement menacés d'être entraînés devant les tribunaux, ainsi que le disait Duveyrier : « ...un plus grand intérêt commande que le repos de la société ne soit pas troublé sous prétexte de l'affermir ».

Mais nous avons vu que, sinon tous, du moins un certain nombre de partisans du système extensif admettent que l'action du ministère public ne peut s'exercer d'office, hors des cas spécifiés par la loi, que si l'ordre public est gravement et directement lésé.

On peut écarter l'objection que l'on fait alors que, si la

loi de 1810 permet vraiment l'action d'office pour l'exécution des dispositions qui intéressent l'ordre public, elle le fait pour toutes ces dispositions, sans que rien permette de distinguer des degrés dans l'intérêt d'ordre public; on peut l'écarter car, nulle part, la loi ne définit ni n'énumère les dispositions d'ordre public, nulle part elle ne dit que l'ordre public doit toujours être apprécié de même manière, que son domaine est toujours le même. Rien n'empêche donc de concevoir l'ordre public dans un sens plus restreint au point de vue de l'article 46 de la loi de 1810 qu'au point de vue de l'article 6 du Code civil.

Il n'en reste pas moins que, du fait même que la loi ne définit pas et n'énumère pas les dispositions d'ordre public, une limitation théorique de ses pouvoirs ne peut empêcher, en pratique, le ministère public d'agir d'office dès lors qu'il peut invoquer un intérêt d'ordre public, quelle qu'en soit la gravité. Le contrôle des tribunaux peut faire échouer les tentatives injustifiées d'immixtion dans les affaires privées, mais ces tentatives par elles-mêmes sont toujours regrettables.

On ne peut écarter, bien qu'il ne soit complètement justifié, le reproche fait au système extensif d'attribuer au ministère public des pouvoirs dangereux et préjudiciables aux intérêts privés, mais il ne faut pas oublier que, s'il en est ainsi, c'est parce que ce système tient essentiellement compte des nécessités sociales. Ces nécessités sont mouvantes et variables, il est impossible au législateur de prévoir et d'énumérer tous les cas dans lesquels elles peuvent exiger l'action d'office du ministère public, s'en tenir aux cas spécifiés par la loi c'est dénier toute importance aux nécessités sociales lorsqu'elles se manifestent hors de ces cas; le système extensif permet au ministère public d'agir d'office dès lors que l'ordre public est en jeu, c'est là un avantage certain si l'on se place au point de vue social, les inconvénients qui peuvent en résulter pour les particuliers n'en sont que la contre-partie nécessaire.

LE PROBLEME ACTUEL

Nous avons examiné les deux thèses qui s'affrontent au sujet de l'interprétation de l'article 46 de la loi de 1810, chacune de ces thèses s'appuie sur des arguments séduisants, mais suscite des critiques propres à faire naître l'incertitude.

En fait, il ne paraît plus possible de savoir quelle fut la volonté du législateur de 1810 et, s'il faut prendre parti, on ne peut le faire en s'en tenant au texte de la loi et aux arguments historiques. Il ne s'agit que d'apprécier quel système aboutit aux résultats les plus souhaitables, c'est-à-dire de choisir entre un thème éminemment protectrice des intérêts privés et un thème qui fait prédominer l'intérêt social.

Le système restrictif, conforme à la tradition historique, se rattache à une conception classique du droit privé, basée sur le respect de la volonté individuelle; or, cela entraîne une certaine méconnaissance des intérêts sociaux et conduit, par crainte que le ministère public n'exerce une activité préjudiciable aux particuliers, à lui refuser le droit d'action hors des cas expressément spécifiés par la loi, alors même que l'ordre public est gravement atteint.

Au système extensif on fait le reproche inverse et, au moins dans son acception la plus large, il pourrait aboutir à un résultat contraire à l'ordre public, qui exige que la stabilité des affaires privées ne soit pas sans cesse troublée.

Mais faut-il vraiment choisir entre l'un et l'autre de ces systèmes? La discussion relative à l'article 46 de la loi de 1810 est ancienne, elle a atteint à son apogée dans la seconde moitié du XIX^e siècle, alors que la jurisprudence était changeante et indécise et que chacun des systèmes était suscep-

tible de s'imposer en pratique, et les auteurs rivalisaient d'éloquence afin de prouver que le ministère public pouvait, ou ne pouvait pas agir d'office hors des cas spécifiés par la loi.

De nos jours, les circonstances ont changé, les conceptions juridiques ont évolué et le problème n'est plus le même. Les principes individualistes dont s'inspire profondément notre Code ont peu à peu perdu de leur valeur alors que les tendances sociales s'accroissaient; dans les circonstances actuelles, cette évolution ne peut que s'accélérer. Cela a influé sur la conception du rôle du ministère public en législation et en jurisprudence. Le ministère public est considéré comme le gardien et le représentant de l'ordre public, des textes spéciaux lui ont donné le droit d'agir d'office dans des hypothèses toutes nouvelles (Voir la loi du 16 novembre 1940), hors des cas spécifiés par la loi, la jurisprudence, nous le verrons, lui reconnaît de plus en plus largement le droit d'action.

Le problème n'est donc plus de savoir si le ministère public peut ou non agir d'office hors des cas spécifiés par la loi car cette question est pratiquement résolue par l'affirmative, il est de savoir quelles sont les limites du droit d'action du ministère public dans les cas intéressant l'ordre public. Ces limites doivent exister, le souci de l'intérêt social ne doit pas conduire à sacrifier les intérêts privés, car la sauvegarde de ces intérêts importe elle-même à l'ordre public; l'action d'office du ministère public voit son domaine s'étendre, elle doit conserver cependant le caractère exceptionnel qui paraît de son essence. Nous avons vu que certains partisans du système extensif se sont posés la question et se sont efforcés d'y répondre, mais l'étude de la jurisprudence nous révélera, sur ce point, un effort plus intéressant encore.

LA JURISPRUDENCE ET L'ACTION D'OFFICE DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE CIVILE

Comment la jurisprudence a-t-elle interprété l'article 46 de la loi du 20 avril 1810? Il est assez difficile de le dire, au premier abord, cette jurisprudence paraît extrêmement confuse, même contradictoire, et cela n'a rien d'étonnant lorsque l'on sait quelles controverses l'article 46 a fait naître en doctrine.

Il faudra donc étudier de près cette jurisprudence, cette étude sera longue, il importe d'en marquer à l'avance les principales étapes.

Après 1810, on observe une certaine tendance des Cours d'appel et des tribunaux à accueillir favorablement l'action d'office du ministère public, mais la Cour suprême se prononce pour le système restrictif qui triomphe en jurisprudence.

Cependant, en 1856, la Chambre civile abandonne ce système pour permettre au ministère public d'agir dans un cas non spécifié par la loi, mais, en 1862, après de violentes controverses relatives au droit d'action en matière de rectification d'actes de l'état civil, elle évite de se prononcer, tandis que la Chambre des requêtes renverse sa jurisprudence et adopte le système extensif en 1869.

A partir de cette date, on peut dire que la jurisprudence est particulièrement confuse, cependant la tendance de la majorité des Cours d'appel est en faveur du système extensif, tandis que la Cour de cassation garde une prudente neutralité.

En 1913, la Chambre civile se prononce à nouveau pour le système extensif, cette jurisprudence s'affirme dans des arrêts successifs, mais la Chambre des requêtes conserve une attitude contradictoire.

PREMIÈRE ÉTAPE DE LA JURISPRUDENCE.
TRIOMPHE DU SYSTÈME RESTRICTIF.

Nous savons qu'avant 1810, la jurisprudence est unanime à refuser au ministère public le droit d'agir d'office hors des cas spécifiés par la loi ; il ne peut en être autrement, car les termes de la loi du 16 août 1790 sont catégoriques (Voir arrêts de Cassation, 27 frimaire an XIII, 26 août 1807, 11 août 1808).

Cependant, deux arrêts enfreignent cette règle, ce sont les deux fameux arrêts de Bruxelles et de Pau qui, selon certains, sont à l'origine de la loi de 1810, encore faut-il remarquer que, grâce aux arguments *a fortiori* qu'elles invoquaient, les deux Cours n'admettaient pas à proprement parler l'action d'office du ministère public dans un cas non spécifié par la loi.

Laissons donc ce point pour étudier la jurisprudence immédiatement postérieure à 1810.

Nous trouvons tout d'abord un certain nombre de décisions émanant de Cours d'appel et de tribunaux de première instance et favorables au droit d'action du ministère public.

Un arrêt de la Cour de Paris du 6 juin 1812 admet, et même suppose d'office, l'appel du ministère public contre un jugement d'homologation d'avis de parents (S. 1814, 1, 278).

Un arrêt de la même Cour, du 22 juillet 1815, confirme un jugement du tribunal de la Seine, accueillant une tierce opposition formée pour incompétence par le ministère public contre une décision relative à la succession d'un agent diplomatique décédé en France pendant sa mission, mais domicilié à l'étranger. Le jugement déclare que « dans l'intérêt public, le ministère public est toujours recevable à former tierce opposition à des jugements qui sont reconnus contraires à cet intérêt ». Si l'on s'en tenait à ce jugement, on pourrait croire que l'action du ministère public « dans l'intérêt public » était admise sans discussion à l'époque (D. Alph., *Agent diplomatique*, n° 82).

Un autre arrêt de Paris, du 1^{er} juillet 1816, fait droit à la

requête du ministère public qui, au cours d'une contestation entre le tuteur d'un interdit et une créancière d'un fermier de cet interdit, laquelle avait renouvelé le bail de son débiteur alors que le tuteur avait passé un bail avec un autre fermier, avait demandé la convocation d'un nouveau conseil de famille pour délibérer sur le choix d'un nouveau tuteur et le bail le plus favorable à l'interdit. Le conseil de famille ayant nommé un nouveau tuteur mais maintenu le bail passé par l'ancien, l'arrêt du 25 mars 1817 annule le premier bail et ordonne l'adjudication aux enchères à la requête du ministère public (S. 1818, 1, 518).

Ces diverses décisions révèlent, chez la Cour de Paris, l'intention bien arrêtée d'admettre très largement l'action du ministère public, car, dans tous ces cas, l'intérêt d'ordre public n'était pas évident, surtout en matière de tutelle où seuls des intérêts privés étaient en jeu.

En sens contraire, un arrêt de Metz du 21 janvier 1812 (D. Alph., 4, 703) déclare irrecevable l'appel formé par le ministère public contre un jugement de tribunal civil statuant sur une matière relevant des tribunaux de commerce, l'arrêt se base sur l'al. 1^{re} de l'art. 46; cependant il faut remarquer qu'en semblable cas l'ordre public n'est pas intéressé puisque l'on admet la prorogation conventionnelle de compétence.

La Cour de cassation, à la même époque, se montre nettement hostile à la tendance révélée par la Cour de Paris, dont les arrêts du 6 juillet 1812 et des 1^{re} juillet 1816 et 25 mars 1817 furent cassés par les arrêts des 8 mars 1814 (S. 1814, 1, 544) et 11 août 1818 (S. 1818, 1, 518).

Dans la première de ces décisions, la Cour suprême déclare que le ministère public n'a pas le droit d'action en matière de minorité en vertu de l'al. 1^{re} de l'art. 46, dans la seconde qu'il ne peut agir « que dans les cas spéciaux indiqués », mais elle ne se prononce pas sur le sens de l'al. 2.

En fait, dans toutes les espèces qui viennent d'être étudiées, le ministère public pouvait difficilement invoquer un intérêt d'ordre public et, en jurisprudence comme en doctrine, le problème que pose l'article 46 ne fut aperçu qu'un

certain temps après la promulgation de la loi de 1810. Quand il se posa en pratique, il donna lieu à de vives controverses.

Par un arrêt du 14 janvier 1818, la Cour d'Agen accueille l'appel du ministère public contre un jugement annulant un mariage conforme à la loi. La Cour invoque les arguments *a fortiori* déjà présentés par les arrêtés de Bruxelles et de Pau, en y ajoutant que l'action du ministère public était « commandée dans l'intérêt des mœurs et de l'honnêteté publique ».

Le pas décisif est franchi dans une affaire similaire par la Cour royale de Grenoble qui, dans l'arrêt du 28 juillet 1818, invoque, outre les art. 184 et 191 du Code civ., l'art. 46 de la loi de 1810 (Merlin, *Rép. Mariage*, sect. VI, § 3).

La Cour de Bourges se base, elle aussi, sur l'al. 2 de l'article 46 pour accueillir l'appel du ministère public contre un jugement ordonnant une rectification d'acte de l'état civil (2 février 1820 : D. Alph., *Actes de l'ét. civ.*, n° 468).

Enfin, la Cour d'Aix reçoit l'appel du ministère public contre un jugement ordonnant à un officier de l'état civil d'exécuter une sentence de divorce, après la promulgation de la loi du 8 mai 1816 (affaire Nielly).

Dans toutes ces causes, notamment dans la dernière, l'intérêt d'ordre public était indiscutable, des pourvois ayant été formés, la Cour de cassation devait se prononcer sur la question de principe.

Les arrêts de la Chambre civile des 1^{er} août 1820, 5 mars 1821 (D. Alph., *Mariage*, n° 521) et 5 juillet 1824 (D. Alph., *Min. publ.*, n° 91), cassant les arrêts de Grenoble, Agen et Aix, affirment qu'il est de principe que le ministère public n'agit que dans les cas spécifiés par la loi. L'arrêt du 1^{er} août 1820 déclare que ce principe, posé par la loi de 1790, « a été formellement exprimé de nouveau dans la première partie de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, que la seconde partie de cet article serait diamétralement en opposition avec la première si on l'entendait dans le sens dans lequel la Cour de Grenoble l'a entendu... qu'il est naturel d'entendre la seconde partie dans le sens de la première et de la regarder comme un développement qui n'altère en rien le principe; qu'il ré-

sulte de ce développement, en le rapprochant de la première partie de l'article, que le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, lorsque ce droit de poursuite lui est spécialement attribué par la loi ».

La Chambre des requêtes, avant d'ouvrir la voie à la Chambre civile en accueillant les pourvois fondés sur le défaut de qualité du ministère public, rejette, par l'arrêt du 9 décembre 1819, un pourvoi formé par le procureur de Toulouse pour violation de l'art. 213 du Code pr. civ., car, dit-elle, « il s'agit d'un cas qui n'intéresse ni l'ordre général ni l'ordre public et qui n'est pas spécifié par la loi »; bien que ces termes prêtent à équivoque, il est certain que la Chambre des requêtes exige la réunion des deux conditions.

Le système restrictif, adopté de façon formelle par la Cour suprême, ne le fut pas sans contestation par toutes les Cours royales.

C'est ainsi qu'un arrêt de Paris du 26 juin 1824 (D. Alph., *Nom*, n° 26), cassé par la Chambre civile le 13 avril 1826, admet implicitement l'intervention du ministère public dans une instance en revendication de nom et qu'un arrêt de Colmar du 25 juillet 1828 (S. 1828, 2, 128) admet implicitement le ministère public à demander l'inscription d'un acte de naissance omis.

C'est ainsi, encore, qu'un jugement du tribunal de Châtillon, cassé par la Chambre civile (29 février 1832 : D. 1832, 1, 85), annule, sur réquisition du ministère public, une cession de créances litigieuses faite à un avocat en violation de l'art. 1597 C. civ. et que la Cour de Poitiers invoque un intérêt d'ordre public pour accueillir deux demandes en rectification d'actes de l'état civil formées d'office par le parquet (9 mai 1843 et 26 mai 1846 : S. 1846, 2, 462).

Cependant, en majorité, les Cours et tribunaux adoptèrent l'opinion de la Cour de cassation, le système restrictif triomphait.

Un arrêt de Besançon du 28 mai 1829, confirmé par la Chambre des requêtes (28 décembre 1829 : D. Alph., *Min. pub.*, n° 96), déclare irrecevable l'action intentée par le ministère

public afin de contraindre un particulier à louer sa maison à l'exécuteur des hautes œuvres, ce qui, d'ailleurs, n'intéressait pas sérieusement l'ordre public.

Un arrêt d'Orléans du 27 août 1828, confirmé par la Chambre des requêtes (26 avril 1831 : D. Alph., *Comptes*, n° 151), repousse une intervention du parquet tendant à contraindre l'exécuteur testamentaire d'un legs fait aux pauvres à rendre un nouveau compte.

La Cour de Paris, elle-même, jusqu'alors très favorable au droit d'action du ministère public, confirme, par l'arrêt du 26 avril 1833 (S. 1833, 2, 286), un jugement du tribunal de Rambouillet rejetant une opposition à mariage formée par le ministère public pour le motif que le droit d'agir en nullité n'entraîne pas celui de former opposition. En fait, le ministère public n'aurait même pas pu agir en nullité, car il n'invoquait qu'une grande disproportion d'âge entre les époux.

La thèse restrictive triomphait même à un tel point que l'on trouve des décisions repoussant l'action du ministère public, alors qu'un texte spécial l'autorisait.

C'est ainsi que le tribunal de Moissac refuse au ministère public le droit de provoquer le remplacement des registres de l'état civil volés dans une commune et que le tribunal de Privas lui refuse le droit d'agir en rectification d'un acte de l'état civil concernant un indigent, alors que ces deux hypothèses sont spécialement visées par l'art. 75 de la loi du 25 mars 1817 (D. Alph., *Et. civ.*, n° 116 et 435).

La Cour de Rouen, par deux arrêts des 16 août et 3 décembre 1843, déclare que le ministère public n'a pas qualité pour défendre comme partie principale à une demande en cantonnement d'hypothèque légale, alors que l'art. 2145 C. civ. lui attribue expressément ce rôle.

C'était vraiment aller trop loin et les jugements de Moissac et de Privas furent réformés par les arrêts de Toulouse (1^{er} août 1836, et Nîmes (21 mars 1838) (D. Alph., *ibid.*). Ces arrêts, d'ailleurs, ne paraissent pas s'en tenir strictement au système restrictif car l'arrêt de Toulouse déclare que si, aux termes de la loi de 1790 et de l'al. 1^{er} de l'art. 46 de la loi de 1810, le ministère public n'agit d'office que dans les cas

spécifiés, « on voit qu'il est en même temps chargé par l'al. 2 de poursuivre l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public » et qu'en l'espèce « la poursuite intéresse éminemment l'ordre public et rentre dans les cas spécifiés par l'art. 75 de la loi du 25 mars 1817 ». L'arrêt de Nîmes déclare que, bien que le ministère public ne puisse provoquer les rectifications d'actes de l'état civil, « cette prohibition ne peut s'étendre ni au cas où les intérêts publics exigent ces rectifications », ni à celui où les parties sont indigentes.

L'arrêt de Rouen du 3 décembre 1843 fut cassé par la Chambre civile (3 décembre 1844 : D. 1845, 1, 5), car le système restrictif, s'il ne permet que cela, permet au moins au ministère public d'agir dans les cas spécifiés par la loi.

Quoi qu'il en soit de la nécessité de réprimer quelques excès de zèle, la question des pouvoirs du ministère public paraissait définitivement résolue dans le sens restrictif, pourtant il suffit qu'elle se posât dans une hypothèse nouvelle pour que la controverse reprit.

SECONDE ÉTAPE DE LA JURISPRUDENCE.

ABANDON DU SYSTÈME RESTRICTIF.

Le ministère public peut-il s'opposer à un mariage contraire à la loi? Telle est la nouvelle question qui se posa à la jurisprudence.

Le tribunal de Bellac y répondit par l'affirmative dans un jugement du 26 juin 1845, confirmé par un arrêt de Limoges du 17 janvier 1846 (D. 1846, 2, 34).

Le jugement est très nettement motivé : le ministère public a qualité pour s'opposer au mariage d'un prêtre catholique, « attendu que l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 lui attribue le droit de poursuivre d'office en matière civile l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public et que de ce droit découle nécessairement celui de saisir les tribunaux de la question de savoir si l'engagement dans les ordres sacrés constitue un empêchement au mariage puisque cette question touche d'un côté à la religion et; de l'autre, à

l'institution du mariage et, conséquemment, aux plus grands intérêts de l'ordre social ».

Un jugement du tribunal de la Seine, confirmé par un arrêt de Paris du 18 mars 1850 (D. 1851, 2, 30), admet l'opposition du ministère public au mariage d'un veuf avec la fille naturelle de sa femme décédée, le ministère public étant institué par la loi pour l'examen de toutes les questions qui intéressent l'état des personnes et l'ordre public.

La Cour de Paris alla même beaucoup plus loin en recevant l'appel du ministère public contre un jugement annulant pour prétendue clandestinité un mariage valable, ce fut la fameuse affaire Vergniol. L'arrêt du 13 août 1851 (D. 1852, 2, 113) fut très remarqué car, on s'en souvient, c'est à l'occasion d'affaires similaires que la Chambre civile s'était prononcée nettement pour le système restrictif. Or, la Cour de Paris, si elle invoquait l'argument *a fortiori* tiré des art. 184 et 191 C. civ., présentait surtout une défense très complète du système extensif, faisant appel aux arguments de texte et aux arguments historiques que nous connaissons et déclarant qu'entendre l'art. 46 autrement que dans un sens extensif « serait enlever au ministère public l'une de ses attributions les plus utiles à la société... et serait, de la part du juge, un abus d'interprétation aussi contraire à la lettre qu'à l'esprit de cet article ».

Cependant, la Cour de Paris ne se laissait pas entraîner par un souci de réaction à des conclusions extrêmes, car elle déclarait : « qu'il n'en résulte pas que le ministère public ait le droit de s'immiscer arbitrairement dans les intérêts des familles, qu'il suffit de lire l'art. 83 du Code de procédure civile pour voir qu'il ne faut pas confondre les matières où les intérêts privés se trouvent mêlés à l'intérêt public avec celles où l'intérêt public domine exclusivement et qui seules autorisent l'action d'office du ministère public ».

Cet arrêt, rendu sous la présidence de Troplong, à la requête de l'avocat général de Royer, fut le premier à exposer nettement le système extensif, par sa précision, sa modération, il reste l'un des meilleurs qui aient été rendus en ce sens.

Un pourvoi ayant été formé par le procureur de Rennes

contre un arrêt autorisant la femme d'un individu condamné par contumace à une peine emportant la mort civile à se marier cinq ans après la date à laquelle la mort civile était encourue, la Chambre des requêtes, par l'arrêt du 2 décembre 1851 (D. 1852, 1, 81), rejetta au fond le pourvoi, mais reconnut au ministère public qualité pour former opposition, « attendu que, de la combinaison des art. 147 et 184 C. civ., il résulte que le ministère public a le droit d'agir pour faire prononcer en justice la dissolution d'un second mariage contracté avant la dissolution du premier, qu'à plus forte raison ce droit lui appartient pour empêcher la formation de ce second mariage ».

Ainsi, la Chambre des requêtes, employant des arguments d'analogie semblables à ceux qui avaient été repoussés en 1821, dans le cas de l'action en validité de mariage, se prononçait pour la solution la plus souhaitable et la plus favorable au ministère public dans le cas particulier de l'opposition, tout en éludant la question générale.

Mais, toute une partie de la doctrine critiqua vivement cet arrêt, nous avons vu qu'en effet l'argument d'analogie tiré de l'art. 184 C. civ. n'est pas pleinement satisfaisant.

D'autre part, un arrêt de Toulouse du 2 juin 1852 (D. 1852, 2, 169) invoqua l'al. 2 de l'art. 46 pour accueillir une opposition du ministère public fondée sur un empêchement simplement prohibitif; il s'agissait d'un individu, qui séparé de corps pour adultère, voulait, devenu veuf, se remarier avec sa complice.

De sorte que la Chambre civile, appelée à examiner la question du droit de former opposition, ne pouvait éviter d'examiner en même temps la question de principe posée par l'al. 2 de l'art. 46.

Un arrêt de Rennes ayant confirmé un jugement de Vitré déclarant irrecevable une opposition formée pour bigamie par le ministère public et cela par application du système restrictif et interprétation stricte de l'art. 184 C. civ., c'est-à-dire pour les motifs invoqués par la Chambre civile en 1820 et 1821, un pourvoi fut formé. La Chambre civile cassa l'arrêt de Rennes par l'arrêt du 21 mai 1856 (D. 1858, 1, 209),

« attendu que l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 charge le ministère public de surveiller l'exécution des lois et de poursuivre d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, que la disposition de la loi qui défend de contracter un second mariage avant la dissolution du premier intéresse l'ordre public au plus haut degré; que le ministère public qui, aux termes de l'art. 184, a le droit d'agir pour faire prononcer en justice la nullité du second mariage doit avoir, à plus forte raison, le droit de s'opposer à l'accomplissement de ce mariage et de prévenir ainsi la consommation du crime dont il pourrait être obligé plus tard de poursuivre la répression devant les tribunaux criminels ».

Si, dans cet arrêt, la Chambre civile n'abandonnait pas l'argument d'analogie tiré de l'art. 184, elle invoquait principalement l'art. 46 de la loi de 1810 et se ralliait au système extensif.

Comment expliquer ce revirement de jurisprudence? Dans une certaine mesure, sans doute, par des considérations politiques; dans un arrêt du 22 février 1861, la Cour de Paris s'exprime ainsi : « Le décret de 1810, né sous un gouvernement qui voulait étendre l'action de l'autorité publique, n'est venu à interprétation devant les tribunaux que vers 1820, lorsque la tendance à restreindre l'action du pouvoir était dominante. La loi restrictive de 1790, qui enlevait en principe toute action civile aux commissaires du Roi, répondait mieux alors à la pensée générale que le décret de 1810 qui semblait étendre considérablement l'action du ministère public; aussi vit-on les juges chercher dans la loi de 1790 l'interprétation de la loi de 1810, la loi postérieure, qui abrogeait virtuellement et remplaçait au moins l'ancienne législation, est appréciée par le principe de celle-ci et les interprètes n'admettent pas que le législateur impérial ait pu vouloir autre chose que celui de 1790, c'est ainsi que l'art. 46 de la loi de 1810 reste une lettre morte et ne reçoit aucune exécution de 1810 à 1851. C'est seulement à partir de cette date que cette disposition légale semble retrouvée et commence à prendre dans les décisions des tribunaux une place qui s'est constamment agrandie ».

On peut remarquer aussi que c'est seulement dans les premières espèces dans lesquelles la Cour suprême eut à se prononcer sur la question de principe, que l'action du ministère public pouvait se justifier par un véritable intérêt d'ordre public; or, il s'agissait d'actions en validité de mariage et d'un appel contre un jugement ordonnant l'exécution d'une sentence de divorce et les magistrats, plutôt hostiles aux réformes de la Restauration et, notamment, à la nouvelle loi prohibant le divorce, n'étaient sans doute pas fâchés de refuser au ministère public tout recours contre des décisions qui, pratiquement, violaient cette loi. Par la suite, les diverses actions intentées par le ministère public n'intéressant pas particulièrement l'ordre public, l'application du système restrictif ne présentait aucun inconvénient. Il n'en allait pas de même en matière d'opposition car, ainsi que le dit la Chambre civile, l'ordre public est intéressé « au plus haut degré » à ce que ne soient pas contractés des mariages contraires à la loi. Pour donner sur ce point une solution favorable au ministère public, la Chambre civile se trouvait amenée à modifier la solution qu'elle donnait à la question générale.

Mais il était dit que la controverse relative à l'art. 46 de la loi de 1810 ne pourrait prendre fin, car la question du droit d'action du ministère public se posa de nouveau, dans des circonstances telles que toute la jurisprudence en fut divisée, et nous arrivons à une autre étape de la jurisprudence caractérisée surtout par des hésitations.

TROISIÈME ÉTAPE DE LA JURISPRUDENCE

CONTROVERSES

Le 28 mai 1858 fut promulguée la loi relative aux usurpations de titres nobiliaires, nous avons vu quelles discussions soulève la question de savoir si le ministère public peut poursuivre devant les tribunaux civils l'exécution de cette loi.

Le parquet lui-même résolut la question par l'affirmative et les procureurs généraux interjetèrent appel contre un grand nombre de jugements ayant à tort ordonné des rectifications d'actes d'état civil et consacré ainsi des usurpations de titres.

Nous avons déjà rencontré un certain nombre de décisions favorables au droit d'action du ministère public en matière de rectification d'actes de l'état civil (Bourges, 2 février 1820; Colmar, 25 juillet 1828; Poitiers, 9 mai 1843, et 26 mai 1846; Toulouse, 1^{er} août 1836 et Nîmes, 21 mars 1838); toutes ces décisions s'inspirent plus ou moins du système extensif.

Si, après l'arrêt du 21 mai 1856 par lequel la Chambre civile se ralliait au système extensif, la question du droit d'action d'office en matière d'état civil s'était posée dans une autre hypothèse que celle des usurpations de titres, il est probable qu'elle aurait été résolue sans difficulté par l'affirmative.

Mais il s'agissait d'appliquer la loi du 28 mai 1858, or cette loi avait un certain caractère politique.

Les titres de noblesse, abolis par le gouvernement de 1848, avaient été restaurés sous le Second Empire et le gouvernement conférait des titres honorifiques afin de récompenser les services, militaires ou autres, qui lui étaient rendus, « monnaie d'honneur destinée à exciter l'émulation et le dévouement ». Or, les titres et les particules étaient fort prisés à cette époque et certaines personnes, qui n'y avaient aucun droit, se laissaient pousser par la vanité ou l'intérêt et se les attribuaient de leur propre autorité.

Il s'agissait donc d'éviter la dépréciation des titres et particules nobiliaires en faisant respecter la prérogative souveraine de les conférer qui appartenait au gouvernement et en réprimant les usurpations.

Comme toutes les lois politiques, celle de 1858 fut diversement appréciée, de sorte que, lorsque le ministère public voulut en poursuivre l'exécution devant les tribunaux civils, alors que le droit ne lui en était pas formellement conféré, la doctrine et la jurisprudence furent également divisées.

D'autre part, on sait qu'en matière de rectification d'actes de l'état civil, le droit d'action peut être reconnu au ministère public, dans les cas qui intéressent l'ordre public, en vertu, non seulement de l'art. 46 de la loi de 1810, mais encore de textes spéciaux, notamment de l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI, de sorte qu'en se plaçant, soit

à l'un, soit à l'autre de ces points de vue, on adopte soit le système extensif soit le système restrictif.

Les Cours impériales se divisèrent en trois groupes.

Les unes, se retranchant derrière l'al. 1^{er} de l'art. 46, repoussèrent l'action du ministère public, « attendu que la rectification des actes de l'état civil n'est pas un cas spécifié par la loi » (Voir Colmar, 6 mars 1860 : D. 1860, 2, 169; Dijon, 11 mai 1860 : D. 60, 2, 144; Douai, 18 août 1860 : D. 60, 2, 215; Bordeaux, 28 août 1860 : D. 60, 2, 213).

D'autres Cours admirent l'action du ministère public en se basant sur les textes spéciaux à la matière (Voir : Metz, 31 juillet 1860 : D. 60, 2, 137; Angers, 5 décembre 1860 : D. 61, 2, 47).

D'autres, enfin, admirent l'action du ministère public en vertu de l'al. 2 de l'art. 46 (Voir : Colmar, 29 décembre 1859 : D. 60, 2, 171; Orléans, 17 mars 1860 : D. 60, 2, 79; Nîmes, 11 juin 1860 : D. 62, 2, 19; Agen, 26 juin 1860 : D. 60, 2, 140; Montpellier, 10 mai 1859 : D. 60, 2, 143).

La discussion était si profonde que la Cour de Colmar rendit deux arrêts successifs et totalement opposés.

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de Dijon du 11 mai 1860, rendu dans le sens restrictif, la Cour de cassation allait enfin se prononcer sur une question si âprement discutée. La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi par l'arrêt du 21 novembre 1860 (D. 1861, 1, 473).

Conformément au remarquable rapport du conseiller d'Ubexi, l'arrêt déclare que le ministère public ne peut agir que dans les cas spécifiés par la loi et qu'aucun texte spécial ne lui permet de poursuivre la rectification des actes de l'état civil dans un intérêt d'ordre public.

Cette doctrine fut réaffirmée dans un second arrêt de la Chambre des requêtes du 19 décembre 1860 (D. 1861, 1, 85), la Cour d'Amiens s'y rallia par l'arrêt du 11 décembre 1860 (D. 61, 2, 47). Mais d'autres Cours résistèrent et se prononcèrent en faveur du ministère public (Voir : Angers, 5 décembre 1860 : D. 61, 2, 47; Orléans, 29 décembre 1860 : D. 61, 2, 23; Paris, 22 février 1861 : D. 61, 2, 41 et le brillant réquisitoire du procureur Chaix d'Est-Ange Rouen, 11 mars 1861 :

D. 62, 2, 18; Nîmes, 6 mai 1861 : D. 62, 2, 17, et Agen, 23 avril 1861).

Les arrêts d'Orléans et d'Angers firent l'objet de pourvois que la Chambre des requêtes recut puisqu'elle professait une opinion contraire à celle des deux Cours et la Chambre civile se prononça par les deux arrêts du 22 janvier 1862 (D. 1862, 1, 5).

Les deux arrêts Dartaud et Terrier de la Chaise sont presque identiques, ils déclarent que l'avis du 12 brumaire an XI attribue au ministère public le droit d'agir d'office en matière d'actes de l'état civil dans les circonstances d'ordre public et que les lois interdisant ou réprimant les usurpations de noms ou de titres intéressant l'ordre public de façon essentielle et prédominante, le ministère public a qualité pour en poursuivre l'exécution devant les tribunaux civils. Mais, si la Chambre civile présente une argumentation très complète à l'appui de ces deux propositions, elle évite, par contre, de se prononcer sur la portée de l'al. 2 de l'art. 46. C'est délibérément que la Chambre civile élude ainsi la question de principe, car si l'arrêt d'Angers se prononce en vertu des textes spéciaux à la matière des actes de l'état civil, l'arrêt d'Orléans adopte et expose le système extensif; d'autre part, le procureur général Dupin avait réclamé pour le ministère public la reconnaissance du droit d'agir d'office, non seulement en rectification d'actes de l'état civil et en vertu de textes spéciaux, mais encore, d'une façon générale, dans toutes les circonstances d'ordre public en vertu de l'al. 2 de l'art. 46 de la loi de 1810 et ses arguments étaient développés dans le magistral rapport du conseiller Laborie. On était donc en droit de s'attendre à ce que la Chambre civile consacraît quelques développements à l'al. 2 de l'art. 46. Son silence à propos de cet alinéa est peut-être dû au désir de ne lui attribuer qu'une portée restreinte, car les arrêts débutent par l'attendu suivant : « Si, en règle générale et suivant l'article 2, titre VIII, de la loi du 24 août 1790, les fonctions du ministère public s'exercent, non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition, il a été dérogé à cette règle en des cas ou en des matières spécialement déterminées,

pour la défense de certains intérêts auxquels le législateur a cru devoir apporter une protection particulière, qu'en conséquence, la loi du 20 avril 1810 dispose, par son article 46, qu'en matière civile le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi... »

La Chambre civile, rappelant le principe de la loi de 1790, ne dit pas qu'il n'y a été dérogé *que* dans des cas où en des matières spécialement déterminées; pourtant, il semble que ce soit sa pensée et qu'elle revienne à l'opinion restrictive, car elle insiste sur le fait qu'il s'agit de *certain*s intérêts, nécessitant une protection *particulière*.

Mais, ce n'est peut-être qu'une apparence, due à la préoccupation de n'envisager le droit d'action du ministère public que dans un cas spécifié et d'éviter ainsi de résoudre la question de principe. Cette prudence de la Chambre civile est la caractéristique des deux arrêts.

Cependant, certains considérants appellent encore quelques observations.

La Chambre civile reconnaît au ministère public le droit de demander la rectification des actes de l'état civil, mentionnant des titres usurpés, mais fait remarquer : « qu'il s'agit là, en général du moins, de faits qui portent atteinte à l'ordre public sans léser aucun intérêt rival et dont la poursuite, par conséquent, ne peut appartenir qu'au ministère public comme partie principale, soit en demandant, soit en défendant au nom de la société, nul autre n'ayant, en pareil cas, intérêt et qualité pour agir ». Et plus loin : « Que l'abus de ce droit n'est pas à redouter, que d'une part, en effet, il ne peut s'exercer que dans les circonstances où l'ordre public est principalement et directement intéressé; que, d'autre part, le ministère public ne saurait être admis à intervenir incidemment dans toute occasion devant une juridiction quelconque pour prendre à partie une personne qui y figurerait en une qualité quelconque et lui demander raison de ses noms et du titre ou de la qualification nobiliaire dont ces noms sont accompagnés ».

On peut donc se demander si la Chambre civile aurait reçu l'action du ministère public, si, dans l'espèce, il s'était trouvé

des personnes ayant intérêt et qualité pour agir et si l'ordre public n'avait pas été intéressé « principalement et directement ». Il y a là une indication sur un point que nous avons déjà rencontré en étudiant la doctrine, sur les caractères que doit présenter l'intérêt d'ordre public pour justifier l'action du ministère public. A vrai dire, la Chambre civile ne précise ce que doit être l'intérêt d'ordre public que pour l'hypothèse particulière de l'action en rectification, mais, en admettant que, d'une manière générale, le ministère public puisse agir quand un intérêt d'ordre public est en jeu, la solution doit alors être la même.

Or, la Chambre civile ne se contente pas d'un intérêt d'ordre public quelconque qui, d'ailleurs, en matière d'actes de l'état civil, peut toujours être invoqué, il faut que l'ordre public soit gravement atteint et qu'il soit seul à l'être à l'exclusion de tout intérêt privé, qu'en conséquence, le ministère public, représentant de la société, soit seul qualifié pour agir. Nous verrons que la Chambre civile a maintenu ces exigences.

Les arrêts du 22 janvier 1862 furent suivis, dans le même sens, d'un autre arrêt de la Chambre civile du 24 novembre 1862 (D. 1862, 1, 978) et d'arrêts d'Orléans (1^{er} août 1863 : D. 69, 2, 15) et de Besançon (6 février 1866 : D. 66, 2, 14) ; un arrêt de la Cour de Paris du 3 juin 1867 (D. 67, 2, 97) constate sans motifs que le ministère public a le droit d'agir en rectification dans un intérêt d'ordre public.

L'arrêt de Besançon ayant été frappé de pourvoi, la Chambre des requêtes le confirma par l'arrêt du 25 mars 1867 (D. 67, 1, 300), déclarant « le droit d'action directe en rectification d'actes de l'état civil est reconnue au ministère public ».

Dans l'arrêt du 25 mai 1869 (D. 69, 1, 413), la Chambre des requêtes alla beaucoup plus loin en déclarant : « qu'il est de jurisprudence constante que le ministère public peut agir d'office par voie d'action principale dans toutes les circonstances où l'ordre public est intéressé et, spécialement, demander la rectification des actes de l'état civil attribuant à des particuliers des noms, titres ou qualifications qui ne leur appartiennent pas ».

Neuf ans après l'arrêt de 1860, dans lequel la Chambre

des requêtes défendait énergiquement le système restrictif, c'était un revirement complet de jurisprudence et l'on comprend alors ce que la Chambre civile voulait éviter en éludant la question de principe dans les arrêts de 1862.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt de la Chambre des requêtes devait encourager de nombreuses Cours d'appel à accueillir dans diverses hypothèses les actions intentées d'office par le parquet; cela d'autant plus que la Chambre civile, dont on avait interprété les arrêts de 1862 dans un sens restrictif alors que, semble-t-il, elle avait surtout voulu ne pas se prononcer, la Chambre civile semblait, par l'arrêt du 3 juillet 1865 (J. P., 1865, p. 737), être revenue au système extensif.

Il s'agissait d'un pourvoi contre un arrêt d'Alger rendu sur appel du ministère public contre une décision du tribunal d'Oran statuant sur une demande d'inscription au tableau des avocats alors que le Conseil de l'ordre était compétent. La Chambre civile cassa l'arrêt d'Alger avec les attendus suivants : « Si, en vertu de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, combiné avec l'article 8 de la loi du 24 août 1790, cette décision pouvait être déférée à la Cour d'appel d'Alger par le procureur général près ladite Cour en tant qu'elle renfermait une infraction à l'ordre des juridictions en matière de discipline dont le redressement intéresse directement l'ordre public; le même magistrat était, au contraire, sans qualité pour attaquer ladite décision en tant qu'elle statuait sur un intérêt privé, le ministère public ne pouvant, d'après les articles 2, titre VIII, de la loi du 24 août 1790 et 46 de la loi du 20 avril 1810 ci-dessus visés, s'exercer par voie d'action directe et d'office en matière d'intérêts privés au civil que dans les cas spécifiés par la loi ».

Il semble donc que la Chambre civile distingue entre le cas où le ministère public agit dans un intérêt d'ordre public et où il peut le faire, en vertu de l'art. 46 de la loi de 1810, sans qu'il soit besoin d'un texte spécial l'y autorisant et celui où il agit d'office en matière d'intérêts privés, ce qui n'est possible que dans les cas spécifiés par la loi. C'est exactement le système extensif et l'arrêt d'Alger n'est cassé que parce que le ministère public, au lieu de demander sim-

plement l'annulation du jugement d'Oran pour incompétence avait demandé en outre à la Cour de statuer sur la demande d'inscription elle-même, alors qu'il n'était pas qualifié pour le faire, puisqu'il s'agissait d'intérêts privés.

Après cet arrêt et l'arrêt de 1869 de la Chambre des requêtes, s'ouvre une période pendant laquelle la jurisprudence, bien qu'encore confuse et divisée, manifeste cependant une tendance de plus en plus accentuée dans le sens restrictif.

QUATRIÈME ÉTAPE DE LA JURISPRUDENCE.

TENDANCE FAVORABLE AU SYSTÈME EXTENSIF.

Après les arrêts de 1865 et de 1869 par lesquels la Chambre civile et la Chambre des requêtes se prononcent en faveur du système extensif, quelques Cours d'appel se montrent réfractaires à la doctrine de la Cour suprême.

C'est ainsi que la Cour de Besançon, par l'arrêt du 9 janvier 1895 (D. 97, 2, 17), rejette une demande en reconnaissance de nationalité dirigée contre le ministère public, attendu que celui-ci ne peut agir, soit en demandant soit en défendant, que dans les cas spécifiés par la loi et « qu'il en est ainsi alors même que l'ordre public serait intéressé à l'exercice de l'action par le parquet ». En fait, en l'espèce, non seulement la loi du 15 juillet 1889 n'autorisait pas le ministère public à agir, mais encore elle donnait compétence au préfet.

La Cour de Grenoble adopte la même thèse dans l'arrêt du 12 juillet 1904 (D. 1908, 2, 32), il ne s'agissait que d'une poursuite en expropriation d'immeuble dirigée contre une congrégation autorisée et l'intervention du ministère public n'était pas fondée sur un intérêt d'ordre public.

La Cour de Colmar, dans l'arrêt du 29 février 1928 (*Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1928, p. 588), déclare : « le ministère public n'agit, en matière civile, que comme partie jointe, à l'exception des cas expressément spécifiés par la loi ». En l'espèce, rien ne permettait au ministère public d'agir, car il s'agissait d'une action en responsabilité intentée contre l'Etat par le propriétaire d'un bien mis sous séquestre, le

demandeur avait assigné le procureur de la République, mais le préfet seul était qualifié pour défendre les intérêts patrimoniaux de l'Etat.

Mais les décisions en ce sens sont rares; en général les Cours d'appel se montrent favorables à l'action du ministère public dans l'intérêt de l'ordre public.

L'arrêt de la Cour de Paris du 12 juillet 1867 (D. 62, 2, 121) rejette l'appel du ministère public contre un jugement de tribunal de commerce violant les règles de l'immunité diplomatique, non parce qu'il ne s'agit pas d'un cas spécifié, mais parce que « en dehors des cas spécifiés par les lois du 24 août 1790 et du 20 avril 1810, le droit du ministère public d'agir comme partie principale n'existe pas d'une manière absolue et sans distinction dans toutes les affaires intéressant l'ordre public, mais seulement dans les cas où son action est commandée par un intérêt supérieur d'ordre public mis en péril et nécessitant son intervention. Et, dans le cas où l'ordre public se confond avec une question d'intérêt privé débattue entre les parties privées dans une instance contradictoire, il est sauvegardé tant par les parties que par la présence du ministère public partie jointe; dès lors l'intervention du ministère public devient sans intérêt et par conséquent non recevable ». Dans l'espèce, le diplomate étranger condamné avait lui-même interjeté appel.

La Cour de Paris ne faisait, en somme, que développer et préciser les indications données par la Chambre civile en 1862 quant aux caractères que doit présenter l'intérêt d'ordre public pour justifier l'action d'office du ministère public; cependant, on lui reprocha d'adopter un système intermédiaire entre les systèmes extensif et restrictif et ne trouvant aucun appui dans le texte de l'art. 46.

Aussi, dans l'arrêt du 23 août 1870 (S. 1871, 2, 6), la Cour de Paris, statuant sur l'appel du ministère public, contre un jugement violant les règles du droit des gens et condamnant par défaut le Tzar de Russie, se borne-t-elle à observer « que, dans l'espèce, l'ordre public était directement intéressé puisqu'il s'agissait d'un excès d'attribution de l'autorité judiciaire et d'une atteinte aux principes du droit des gens ». Il

est vrai que le ministère public était en l'espèce « le seul contradicteur possible de la demanderesse ».

La Cour de Paris, de tout temps favorable à l'action d'office du ministère public n'est pas la seule à l'accueillir largement.

La Cour de Colmar, par l'arrêt du 19 mai 1868 (D. 68, 2, 225), déclare le ministère public recevable à demander la déchéance de nationalité d'un individu qui, s'étant fait naturaliser à l'étranger pour s'y établir sans esprit de retour, se réclamait de sa qualité de Français pour éviter l'extradition. Cependant, si la solution est conforme à la thèse extensive, les motifs de l'arrêt le sont moins, car la Cour déclare qu'il s'agit d'une matière « spéciale et déterminée » et invoque l'avis du 12 brumaire an XI et d'autres textes qui s'appliquent à la rectification des actes de l'état civil et non à la nationalité.

En matière de nationalité également, la Cour d'Alger, par l'arrêt du 19 janvier 1898 (D. 1898, 2, 64), reçoit implicitement l'action en déchéance de nationalité intentée par le ministère public contre un Français trafiquant d'esclaves, cette hypothèse étant d'ailleurs prévue par le décret du 27 avril 1848. La même Cour invoque un intérêt d'ordre public dans l'arrêt du 23 mars 1900 (D. 1900, 2, 321), qui admet le ministère public à contester la validité d'une réclamation de nationalité française.

En matière de mariage, la Cour de Chambéry reçoit une action en validité de mariage par l'arrêt du 7 février 1885 (D. 85, 2, 41) et se base, comme la Cour de Paris dans l'affaire Vergniol, sur l'art. 46 de la loi de 1810 et l'art. 184 C. civ.

Les arrêts de Caen du 16 août 1876 (S. 1879, 2, 170) et de Grenoble du 14 janvier 1889 (D. 90, 2, 193) déclarent, en vertu de ces mêmes textes, que le ministère public a qualité pour s'opposer à la célébration d'un mariage.

Selon un arrêt de Nancy du 12 mars 1891 (D. 92, 2, 30), le ministère public peut, pour excès de pouvoir, appeler d'un jugement réduisant une indemnité de destitution d'office de notaire fixée par décret.

La Cour de Bordeaux, dans l'arrêt du 7 mai 1907 (D. 1908, 2, 141), admet le ministère public à demander, dans l'intérêt de l'ordre public, la reddition des comptes du liquidateur d'une congrégation dissoute, dans l'arrêt du 29 mars 1911 (S. 1912, 2, 133), elle admet implicitement son intervention à titre principal dans l'instance engagée par un prêtre, pour obtenir jouissance exclusive de son église, contre un maire et un prêtre non reconnu par l'autorité épiscopale.

Un jugement du 16 mai 1911 du tribunal de Villefranche-sur-Saône reconnaît au procureur de la République le droit de poursuivre l'annulation d'une ordonnance de conciliation contraire à l'art. 30 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail dont « on ne saurait contester le caractère d'ordre public » (S. 1912, 2, 25).

Ce jugement est d'ailleurs assez mal motivé. L'ordonnance était nulle car elle mentionnait inexactement que le chef de l'entreprise n'était pas assuré, d'autre part, on ne conteste généralement pas le caractère d'ordre public des lois sur les accidents du travail, le ministère public était donc fondé à agir en vertu de l'al. 2 de l'art. 46. Or, le jugement n'invoque que l'art. 30 de la loi de 1898 qui, déclare-t-il, accorde le droit d'action au ministère public alors que ce texte dit simplement que la nullité peut être poursuivie par tout intéressé, sans paraître considérer le ministère public comme un intéressé.

Ces différentes décisions révèlent que les Cours et les tribunaux ont nettement tendance à admettre l'action du ministère public à la seule condition qu'elle se justifie par un intérêt d'ordre public.

Cette tendance a d'ailleurs été appréciée par le Gouvernement : la circulaire ministérielle du 11 octobre 1909 invite les substituts à poursuivre d'office la constatation judiciaire de la nullité des accords et des ordonnances de conciliation violant la loi du 9 avril 1898 car, dit-elle : « les dispositions légales qui règlent la matière des accidents du travail ont un caractère certain d'ordre public et le ministère public a le droit d'intervenir pour en assurer le respect ».

Une autre circulaire du 9 décembre 1912, à propos de la

loi autorisant la recherche de paternité naturelle, invite les membres du parquet à ne pas perdre de vue « que la jurisprudence tend à leur reconnaître de plus en plus largement, même en matière civile, le droit d'intervenir comme partie principale dans toutes les instances intéressant l'ordre public et, spécialement, dans celles où leur action est commandée par l'intérêt général ou par une nécessité supérieure de défense sociale ».

Quelle a été, dans le même temps, l'attitude de la Cour de cassation?

Il faut faire une place à part à la Chambre criminelle, qui s'est prononcée expressément dans le sens restrictif.

Par l'arrêt du 20 décembre 1906 (S. 1907, 1, 157), elle rejette un pourvoi formé pour incompétence contre un jugement de tribunal correctionnel statuant sur une demande de dommages et intérêts pour diffamation, alors que l'action publique était éteinte, et cela attendu « qu'en matière civile, quelle que soit la juridiction saisie, le ministère public n'a, en tout état de cause et conformément à l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, qualité pour agir d'office que dans les cas spécifiés par la loi ».

Pour le même motif, l'arrêt du 24 octobre 1914 (D. 1919, 1, 31) rejette un pourvoi formé par le procureur général de la Guyane pour violation des art. 182 et 190 de l'ordonnance du 10 mai 1829.

Mais il ne s'agit que d'une opinion propre à la Chambre criminelle dont le rôle n'est pas prépondérant dans l'interprétation de la loi de 1810.

L'opinion de la Chambre civile est beaucoup plus malaisée à définir, il faut la rechercher dans un assez grand nombre d'arrêts qui, à première vue, paraissent contradictoires.

Rappelons que, dans l'arrêt du 3 juin 1865, la Chambre civile semble admettre que le ministère public a le droit d'agir dans les cas d'ordre public et que l'arrêt de requêtes du 25 mai 1869 déclare que ce droit est reconnu « de jurisprudence constante. »

Dans les arrêts suivants, la Chambre civile est loin d'être

aussi catégorique et s'attache surtout à ne se prononcer que sur les espèces qui lui sont soumises.

L'arrêt du 15 mai 1878 (D. 1878, 1, 271) refuse au ministère public le droit de demander la nullité d'un acte fait par un interné non interdit et de provoquer, même indirectement, l'interdiction de ce dernier et cela attendu que « le ministère public n'agit d'office que dans les cas spécifiés par la loi et ne poursuit d'office l'exécution des lois que dans celles de leurs dispositions qui intéressent l'ordre public », en l'espèce on ne se trouvait pas dans l'un des cas où l'art. 491 C. civ. et la loi du 30 juin 1838 autorisent l'action d'office et l'arrêt ajoute « en dehors de ces cas, l'ordre public n'est pas intéressé à ce qu'une demande soit formée ».

Il semble donc que, si l'ordre public avait été intéressé à ce que le ministère public poursuive d'office l'exécution de la loi, la demande aurait été recevable alors même qu'un texte spécial ne l'aurait pas autorisée.

Cependant, il se trouve que les décisions concernant l'action d'office du ministère public, qui furent par la suite soumises à la Chambre civile, se rapportaient à l'hypothèse de la rectification des actes de l'état civil.

Comme en 1862, la Chambre civile éluda la question générale et se prononça seulement en vertu des textes spéciaux à la matière.

A ce point de vue, les arrêts du 24 décembre 1901 (S. 1902, 1, 353) et du 25 octobre 1905 (D. 1906, 1, 337) ne diffèrent pas des arrêts de 1862.

Mais la question du droit d'action du ministère public allait se poser dans de nouvelles hypothèses devant la Chambre civile.

Les art. 16, 17, 18 de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations et 5 de la loi du 7 juillet 1904 supprimant l'enseignement congréganiste chargent le ministère public de provoquer la liquidation des biens des congrégations dissoutes et l'annulation des actes frauduleux par lesquels les associations et congrégations contreviendraient aux dispositions légales.

Dès après l'entrée en vigueur de ces lois, un certain nombre de demandes relatives à la liquidation des biens des

congrégations dissoutes et introduites par le ministère public, donnèrent lieu à des décisions de la Chambre civile.

C'est ainsi que l'arrêt du 11 mars 1907 (G. P. 1907, 1, 436) déclare « que l'art. 5 de la loi du 7 juillet 1904, en donnant au ministère public seul le droit de requérir le jugement qui désigne le liquidateur et qui ouvre la liquidation, lui attribue virtuellement le rôle de partie principale et nécessaire pour défendre à la tierce opposition dont ce jugement peut être l'objet de la part de la Congrégation intéressée; que le ministère public a, dès lors, qualité pour exercer tout recours en vue de demander le maintien du jugement rendu sur son initiative et, notamment, pour se pourvoir en cassation contre l'arrêt qui a infirmé ce jugement ».

Dans cet arrêt, la Chambre civile évite, une fois de plus, la question de principe et ne reconnaît le droit d'action au ministère public qu'en vertu d'un texte spécial, il lui suffit, d'ailleurs, que ce texte permette virtuellement l'action d'office et non expressément comme l'exigent les partisans du système restrictif.

Dans une hypothèse voisine, un arrêt presque identique du 9 mars 1910 (D. 1910, 1, 209) déclare : « En donnant dans un intérêt d'ordre public au procureur de la République un droit d'action, de contrôle et de surveillance sur la gestion du liquidateur d'une congrégation religieuse pendant toute la durée de la liquidation, les articles 3 du second décret du 16 août 1901 et 5 du décret du 27 juin 1906, attribuent virtuellement au ministère public le rôle de partie principale et nécessaire aux jugements qui, à la requête du liquidateur, homologuent ses comptes et fixent ses émoluments ».

D'autres arrêts refusent au ministère public le droit d'agir dans certaines hypothèses.

L'arrêt du 17 juillet 1907 (S. 1907, 1, 401) déclare irrecevable une demande formée par un procureur général au cours d'une instance en revendication d'immeubles introduite contre le liquidateur d'une congrégation par des personnes qui, en fait, n'avaient acquis les immeubles que pour le compte de la congrégation. En appel, le ministère public avait conclu au rejet de la demande et requis, outre la resti-

tution des biens, celle des fruits et revenus indûment perçus.

L'arrêt déclare, d'une part, que le ministère public ne peut pas porter directement en appel une demande qui n'aurait pas subi le premier degré de juridiction, d'autre part, qu'il est sans qualité pour formuler une demande intéressant, non l'ordre public, mais simplement les opérations dont le liquidateur est chargé.

La Chambre civile précise sa pensée dans les arrêts analogues du 22 juillet 1912 et du 25 février 1914 (S. somm., 1912, 1, 128 et 1914, 1, 58). Le premier de ces arrêts refuse au ministère public le droit de former appel incident dans une instance entre l'adjudicataire sur saisie d'un immeuble d'une congrégation et le liquidateur. Les deux autres lui refusent le rôle de partie principale dans les litiges auxquels donnent lieu les actions en reprise ou en revendication formées sur les biens à liquider. Les considérants en sont à peu près identiques : d'une part, la loi du 1^{er} juillet 1901 a spécifié limitativement les cas dans lesquels elle confère le droit d'action au ministère public, d'autre part, les demandes du ministère public intéressent non pas l'ordre public, mais les opérations dont le liquidateur est chargé, lesquelles ne donnent lieu qu'à des litiges d'ordre privé.

Cela donne à penser que la Chambre civile rejette les demandes du ministère public, non pas seulement parce qu'elles ne s'appuient sur aucun texte spécial, mais parce qu'en matière de congrégations, les cas spécifiés par la loi sont les seuls qui intéressent l'ordre public.

Que déduire de tous ces arrêts ? L'attitude de la Chambre civile n'est pas très claire. On a dit qu'elle penchait vers le système restrictif, c'est exact, en ce sens que, lorsque l'action du ministère public est déclarée recevable, c'est toujours en vertu d'un texte spécial, formel ou non ; mais il est également exact que, lorsqu'elle repousse la demande du ministère public, la Chambre civile prend bien soin d'observer que l'ordre public n'y est pas intéressé.

Ce qui est surtout net c'est que la Chambre civile, avertie par l'expérience et désireuse d'éviter des revirements de jurisprudence, préfère ne pas se prononcer expressément en

faveur d'un système donné, ce qui l'amènerait soit à refuser au ministère public le droit d'agir dans une circonstance où l'ordre public est réellement intéressé, soit à admettre l'action d'office dans des cas où l'intérêt d'ordre public n'est pas suffisamment grave et où l'on voudrait éviter une im-mixtion dans les affaires privées.

En fait, il s'est trouvé que, pendant un certain temps, quand le ministère public agissait dans un intérêt d'ordre public, on pouvait trouver un texte spécial l'y autorisant, alors que, lorsqu'il n'y avait pas de texte spécial, son intervention n'était relative qu'à des questions d'ordre privé.

Mais il n'en était pas tout à fait de même dans l'espèce qui donna lieu au fameux arrêt du 17 décembre 1913, et la Chambre civile, ne pouvant éviter la question de principe, mais inspirée par un souci de prudence louable, mais excessif, en vint à exprimer sa pensée dans des formules quelque peu obscures (D. 1914, 1, 261; S. 1914, 1, 153 et les notes).

L'arrêt du 17 décembre 1913 est relatif à une action en contestation de reconnaissance de paternité naturelle intentée par le procureur général de l'Indochine.

Il semble que la question du droit d'action du ministère public ne se soit posée jusque-là qu'une seule fois dans le même cas et également en Indochine.

La Cour d'appel de l'Indochine, dans l'arrêt du 3 septembre 1911 (D. 1913, 2, 41), avait repoussé la demande du ministère public.

Dans l'espèce soumise à la Chambre civile, le ministère public contestait l'acte par lequel un Français reconnaissait sa paternité à l'égard d'un indigène et il invoquait l'art. 339 du C. civ., qui permet à « tous ceux qui y auront intérêt » de contester les reconnaissances mensongères.

Or, l'art. 339, selon la jurisprudence, vise les personnes ayant un intérêt pécuniaire ou moral à contester la reconnaissance, mais pas le ministère public. En effet, si l'action en contestation de reconnaissance, comme toutes les questions d'état, intéresse, dans une certaine mesure, l'ordre public parce que celui-ci exige que chacun jouisse de l'état auquel sa naissance lui donne droit, elle met en jeu des considéra-

tions morales que seules les familles peuvent apprécier et l'on s'accorde à reconnaître qu'elle est avant tout d'ordre privé. Ainsi que le déclare la Cour d'Indochine dans l'arrêt du 8 septembre 1911, « sans méconnaître que l'ordre public soit intéressé dans une certaine mesure aux questions de paternité et de filiation, il n'en est pas moins constant que lesdites questions intéressent avant tout l'honneur et le repos des familles dont il importe de ne pas troubler les secrets et de respecter les convenances. »

Tel est bien, d'ailleurs, l'esprit du Code civil, qui pose des conditions très strictes à l'exercice de toutes les questions d'état et qui, notamment dans l'art. 327, décide qu'en cas de suppression (ou de supposition) d'état, l'action criminelle ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état, cette disposition a pour but d'éviter que des débats scandaleux ne soient ouverts sans l'assentiment des familles et resterait lettre morte si le ministère public pouvait lui-même provoquer le jugement sur la question d'état.

Il est bon de remarquer qu'en général les partisans du système extensif et les membres du parquet eux-mêmes ne prétendent pas que le ministère public soit qualifié pour exercer les questions d'état, ainsi le procureur Dupin déclarait : « le droit d'action du ministère public ne s'exerce pas d'office dans les questions de paternité, de filiation, de désaveu qui constituent l'état civil proprement dit des citoyens et qui sont leur propriété ».

Dans l'espèce, le procureur général de l'Indochine reconnaissait qu'en France sa demande aurait été injustifiable, mais il soutenait qu'à la colonie la question revêtait un tout autre aspect.

En effet, les indigènes de Cochinchine, n'étant que sujets français, ne jouissent pas des droits civils et politiques des citoyens et sont astreints à certaines obligations, la naturalisation ne leur étant accordée qu'à des conditions très strictes, ils ont volontiers recours à certains Français qui n'hésitent pas à monnayer leur « paternité ». Il ne s'agit plus de repos et de tranquillité des familles, mais bien d'ordre public, car

cette pratique a pour but d'éluder les dispositions relatives à l'acquisition de la nationalité française, lesquelles intéressent au plus haut degré l'ordre public.

Le pourvoi du ministère public fut cependant rejeté sans doute parce qu'en fait ce sont les mêmes textes qui s'appliquent en France et en Indochine et qu'il ne parut pas possible de les y interpréter différemment, bien qu'ils s'appliquent dans des conditions très différentes.

L'arrêt de 1913, intéressant parce qu'il s'applique au droit d'action du ministère public dans une hypothèse nouvelle, l'est aussi par ses termes mêmes : « Attendu qu'en règle générale, et suivant l'article 2 de la loi du 24 août 1790, les fonctions du ministère public s'exercent, non par voie d'action, mais par celle de réquisition et à titre de partie jointe, que, s'il a été dérogé à ce principe en des matières spécialement déterminées, pour la défense de certains intérêts auxquels le législateur a cru devoir apporter une protection particulière et si, notamment, la loi du 20 avril 1810 dispose par son article 46 qu'en matière civile le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi, le droit d'action ne s'explique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte sans léser aucun intérêt rival; qu'il n'en est pas ainsi en ce qui concerne la reconnaissance d'enfants naturels, attendu, d'une part, que l'art. 339, applicable en Cochinchine... vise seulement les personnes privées... qu'il ne fait pas mention du ministère public; attendu, d'autre part, que les questions de paternité et de filiation intéressent moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles qui doivent être protégés par la loi contre toute atteinte ».

L'arrêt est indéniablement obscur (V. Japiot, *Rev. tr.*, 1915, p. 207); la Chambre civile avait le choix entre trois solutions : rejeter le pourvoi parce que l'art. 339 n'autorise pas le ministère public à agir et c'était consacrer le système restrictif, reconnaître que l'ordre public était intéressé et recevoir le pourvoi en vertu de l'art. 46 de la loi de 1810 et c'était consacrer le système extensif mais aussi donner au

ministère public dans les colonies un droit qu'il est impossible de lui reconnaître à la métropole; enfin, déclare que l'ordre public n'était pas intéressé et ne consacrer aucun des systèmes. C'est par cette dernière solution que la Chambre civile semble avoir été attirée une fois de plus.

Certains pensent que la Chambre civile a voulu consacrer le système restrictif et subordonner la recevabilité de l'action du ministère public à deux conditions : qu'un texte spécial l'autorise, que l'ordre public soit principalement et directement intéressé.

Si l'on ne n'en tient qu'à la logique du texte, il peut en paraître ainsi : le début de l'arrêt, qui reproduit d'ailleurs celui des arrêts de 1862, rappelle le principe de la loi de 1790 et semble indiquer qu'il n'y a d'exceptions à ce principe que dans les cas spécifiés par la loi, pour préciser ensuite les caractères que doit présenter l'intérêt d'ordre public qui justifie l'action du ministère public dans ces cas.

Mais il en résulterait que la Chambre civile, non seulement adopte le système restrictif alors qu'elle n'a jamais renoncé expressément au système extensif consacré par son arrêt de 1856, mais encore conçoit ce système restrictif beaucoup plus rigoureusement qu'on ne le fait généralement.

Car, enfin, exiger que le ministère public justifie d'un intérêt d'ordre principal direct et exclusif lorsqu'il agit dans un cas spécifié par la loi, c'est lui refuser le droit d'action dans un certain nombre de ces cas. Que l'on admette que, s'il y a spécification légale, c'est parce qu'un intérêt général si vague soit-il est en jeu, mais on ne peut prétendre que, dans les cas, par exemple, des articles 114, 2145 et 1057, l'ordre public est en jeu à l'exclusion de tout intérêt rival. On ne peut croire que la Chambre civile ait entendu restreindre le droit d'action du ministère public aussi sévèrement, car telle n'est pas du tout la technique manifestée dans ses arrêts antérieurs et, surtout, postérieurs.

Dans l'espèce, pour refuser le droit d'action au ministère public, la Chambre civile tire argument de l'absence de deux conditions et déclare que le texte spécial à la matière ne permet pas l'action d'office, et que l'ordre public n'est pas suf-

fisamment intéressé ce qui, du reste, est fort discutable. Il ne s'ensuit pas pour cela qu'elle exige que ces deux conditions soient remplies cumulativement, car elle ne dit pas qu'il a été dérogé au principe de la loi de 1790 « seulement » dans les cas spécifiés par la loi, mais « notamment » et il est permis de croire que si, ensuite, elle précise les conditions du droit d'action, c'est pour les cas où il s'exerce sans qu'un texte spécial l'autorise.

S'il en est ainsi, selon la Chambre civile, le ministère public ne peut agir d'office hors des cas spécifiés par la loi que si l'ordre public est « directement et principalement intéressé à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte sans léser aucun intérêt rival ». La formule n'est pas précisément nouvelle, on la trouve dans les arrêts de 1862 et de 1901, mais elle y est posée de façon beaucoup moins impérative.

C'est la théorie extensive mais atténuée, réduite à la seule mesure où son application paraisse nécessaire quand, l'ordre public étant seul en jeu, l'intervention du ministère public défenseur de la société, est naturelle et logique.

L'arrêt de 1913 fut d'autant plus remarqué que ses termes équivoques laissaient le champ libre à toutes les interprétations et que, pendant un certain temps, la Chambre civile n'eut pas l'occasion de préciser sa pensée; quand elle le fit, ce fut bien dans le sens extensif.

L'arrêt du 30 novembre 1920 (D. 1921, 1, 177) admet implicitement le ministère public à poursuivre la nullité de la déclaration enregistrée par laquelle un individu avait recouvré, conformément à l'ancien art. 10 C. civ., la nationalité française perdue par son père.

D'après le ministère public, la filiation permettant de réclamer la nationalité française n'était pas légalement établie. Il ne s'agissait pas d'une question d'état, car le ministère public ne contestait pas la filiation, mais prétendait simplement qu'elle n'était pas prouvée; d'autre part, s'il le faisait, ce n'était que pour contester une nationalité qui, en l'espèce, était attribuée à un individu se livrant à des activités subversives. L'ordre public était donc éminemment intéressé à l'ac-

tion du ministère public et c'est pourquoi la Chambre civile a admis celle-ci alors qu'aucun texte spécial ne l'autorisait.

En matière de nationalité, également, la Chambre civile s'est prononcée par les arrêts des 9 janvier et 15 décembre 1924 (D. 1926, 1, 160).

Il s'agissait de réclamations de nationalité française introduites en vertu du traité de Versailles et auxquelles avait fait droit un tribunal de baillage d'Alsace-Lorraine. Le ministère public ayant fait appel de ces décisions, la Chambre civile lui en reconnut le droit par des attendus très nets. L'arrêt du 9 janvier 1924 déclare « que les règles relatives à l'acquisition ou à la perte de la nationalité intéressent la souveraineté nationale et relèvent du droit public... que l'Etat français a mission de veiller à la stricte application de ces mesures de sûreté et que son représentant légal devant les tribunaux chargés de statuer sur les contestations qu'elles font naître, est le ministère public qui prend part à ces débats comme partie principale et à qui, dès lors, le droit d'appel ne saurait être refusé que par une disposition expresse de la loi. »

L'arrêt du 15 décembre 1924 ajoute que le ministère public « a le droit d'action directe dans toutes les circonstances qui intéressent l'ordre public, qu'il peut exercer sa prérogative en tout état de cause, qu'il est partie principale et que le droit d'appel ne saurait lui être refusé ».

C'est donc expressément que la Chambre civile reconnaît au ministère public le droit d'agir d'office dans les circonstances intéressant l'ordre public et cela sans aucune réserve, mais il faut observer qu'elle le fait à propos d'une question de nationalité relevant du droit public et intéressant l'ordre public directement, principalement et gravement comme l'exigeait l'arrêt de 1913.

Il est aussi remarquable que la Chambre civile ne cherche pas à démontrer que le droit d'action doit exister dans toutes les circonstances d'ordre public; elle affirme simplement qu'il existe, sans même invoquer l'art. 46 de la loi de 1810, et comme si cela était indiscuté. Nous sommes loin des arrêts qui, vers 1860, s'appuyaient sur tant d'arguments pour dé-

montrer la supériorité du système restrictif ou du système extensif.

L'arrêt du 4 mai 1931 (G. P. 1931, 1, 872) apporte un complément logique à l'admission du droit d'action du ministère public dans toutes les circonstances d'ordre public. Cet arrêt permet au ministère public d'agir dans une nouvelle hypothèse.

La loi sur les loyers du 1^{er} avril 1926 (art. 25) prescrit l'affichage des locaux vacants et frappe les contrevenants d'une amende civile. C'est l'application de cette amende que poursuivait le ministère public et il s'agissait de savoir s'il était qualifié pour le faire. La question était complexe : d'une part, la défense soutenait que, seul, le « candidat locataire » était qualifié pour demander la prononciation de l'amende, d'autre part, on se demandait qu'elle était la juridiction compétente. Si l'on admettait que c'était le juge des loyers désigné par la loi de 1926, c'est-à-dire, suivant le taux du loyer, soit le juge de paix, soit le tribunal civil en chambre du conseil, cela soulevait une difficulté car il n'y a pas de ministère public devant le juge de paix.

Nous étudierons plus tard la question de savoir si le ministère public peut agir en cause d'appel alors qu'il n'a été que partie jointe en première instance tout en ayant qualité pour être partie principale, depuis longtemps, la doctrine et la jurisprudence y répondent par l'affirmative. Dans l'espèce, la question était plus délicate, il s'agissait de savoir si le ministère public peut provoquer une décision d'une juridiction devant laquelle il n'est pas représenté et interjeter appel des décisions de cette juridiction.

Le droit du ministère public fut défendu éloquemment par M. le procureur général Paul Matter qui rappela la théorie extensive adoptée par les arrêts de 1924 et présenta la législation des loyers comme étant essentiellement d'intérêt social; en effet le législateur avait voulu remédier à la grave crise des loyers qui constituait un danger économique et social et l'amende qu'il édictait ne tendait qu'à obtenir l'observation de ses prescriptions. Cela étant, le procureur général écarta l'objection tirée du fait que le juge de paix peut

être compétent en rappelant que le ministère public est chargé par la loi de requérir du juge de paix certaines mesures telles que l'apposition des scellés sur les meubles d'une succession et la convocation d'un conseil de famille, il rappela encore que les arrêts de 1924 ont reconnu au ministère public le droit d'interjeter appel des décisions d'un tribunal de bailage, juridiction devant laquelle le parquet n'est pas représenté.

En réalité, les décisions que le ministère public est autorisé par diverses dispositions à demander au juge de paix sont purement gracieuses et le droit de les provoquer n'entraîne pas celui d'agir en matière contentieuse. Mais, si l'on reconnaît que certaines questions intéressent l'ordre public, leur caractère n'est pas modifié parce que la juridiction dont elles relèvent ne comporte pas de ministère public, ce n'est donc pas ce fait qui doit empêcher les magistrats du parquet d'agir pour la défense des intérêts généraux. C'est ce qu'a reconnu la Chambre civile : « Attendu que l'art. 15 de la loi du 1^{er} avril 1926 reconnaît expressément qualité au juge des loyers pour statuer sur les contestations relatives à l'exécution et à l'application de la loi ; attendu que pareille expression doit s'entendre tant des litiges qui s'élèvent entre particuliers que de ceux où, comme en l'espèce, l'intervention du ministère public se justifie par un caractère d'ordre public, que rien ne s'oppose à ce qu'en pareil cas et suivant le taux du loyer l'action qui appartient à ce dernier en vertu de la loi du 20 avril 1810 soit, par lui, d'office introduite soit devant la juridiction commerciale soit devant la chambre du conseil ».

Ainsi, la Chambre civile tire une conséquence normale de l'adoption du système extensif. Reconnaître au ministère public le droit d'agir dans toutes les circonstances d'ordre public, c'est le lui reconnaître quelle que soit la juridiction compétente pour statuer en ces circonstances même si le parquet n'y est pas représenté. Que l'on ait jugé inutile de donner au ministère public le rôle de partie jointe auprès de certaines juridictions ne l'empêche pas d'agir devant elles comme partie principale, car il est, alors, non un magistrat

chargé d'éclairer les juges et de surveiller l'application de la loi, mais le représentant de la société chargé de défendre ses intérêts chaque fois qu'ils sont en jeu. Ainsi que le dit M. le procureur Matter, « il ne sera pas présent à l'audience, il agira par voie d'assignation mais il continuera à exercer sa prérogative en exerçant, s'il échet, son droit d'appel. »

En application de ce principe, l'arrêt du 20 juillet 1931 (G. P., 1931, 2, 928) casse un arrêt rejetant l'appel interjeté par le procureur général d'Indochine contre un jugement ordonnant une rectification d'acte de l'état civil, motif pris de ce que ledit procureur n'avait pas été représenté à l'instance.

La Chambre civile déclare « que l'ordre public est intéressé à ce que l'état civil des personnes conserve son caractère de fixité et ne puisse être modifié au gré de chacun, que l'Etat a mission de veiller à la stricte observation de ces règles et d'assurer les recours nécessaires contre l'erreur d'un jugement rendu en l'absence de tout contradicteur intéressé.

« Attendu qu'aux termes de l'art. 68 du décret du 16 février 1921, la présence du ministère public à l'audience de justice de paix à compétence étendue d'Indochine n'est pas obligatoire, que le procureur général tient des textes ci-dessus rapportés le droit d'action directe dans les circonstances qui intéressent l'ordre public, qu'il peut, dans ce cas, exercer sa prérogative en tout état de cause comme partie principale et que le droit d'appel ne saurait lui être refusé. »

Il est intéressant de noter que la Chambre civile qui, en matière de rectification d'actes de l'état civil, avait toujours rattaché le droit d'action du ministère public aux textes spéciaux à la matière, se contente maintenant de le justifier par des considérations d'ordre public.

Telle est la jurisprudence de la Chambre civile, fuyante et circonspecte tant qu'il l'a été possible, elle est maintenant très nettement favorable à une conception extensive des pouvoirs du ministère public.

Quant à la Chambre des requêtes, il est difficile de dire quelle est son opinion, on se souvient qu'en 1869, renversant sa jurisprudence, elle s'était prononcée pour le système ex-

tensif; si l'on en juge par d'assez rares arrêts, elle est depuis revenue au système opposé.

Par l'arrêt du 28 novembre 1871, elle reconnaît au ministère public le droit de s'opposer à un mariage dont il pourrait poursuivre l'annulation, mais ne justifie sa décision que par un argument d'analogie (S. 1878, 1, 330).

Par l'arrêt du 12 mai 1920 (S. 1921, 1, 300), la Chambre des requêtes se prononce en matière de rectification d'actes de l'état civil comme l'avait fait la Chambre civile en 1862, 1901 et 1905 et attribue le droit d'action au ministère public en vertu de l'avis du 12 brumaire an XI et d'autres textes spéciaux.

Cela n'implique pas, *a priori*, qu'elle adopte le système restrictif, nous avons vu ce que l'on peut penser de l'attitude de la Chambre civile à cet égard. L'intérêt de l'arrêt réside surtout dans le fait que la Chambre des requêtes rejette une fin de non-recevoir à l'action du ministère public, tirée de ce que, dans l'espèce, il y avait des personnes intéressées à demander la rectification, de ce que, par conséquent, l'ordre public n'était pas lésé à l'exclusion de tout intérêt rival comme l'exigeaient les précédents arrêts de la Chambre civile. Elle déclare : « En ce cas et à raison de la nature des intérêts dont il a la garde, le ministère public peut exercer sa prérogative lors même que l'erreur à redresser portant atteinte à l'ordre public serait de nature à léser l'intérêt des particuliers et que ceux-ci s'abstiendraient de demander la rectification ».

La Chambre des requêtes se montre donc moins exigeante que la Chambre civile quant aux conditions mises à la recevabilité de l'action d'office du ministère public, en ce sens qu'elle n'exige pas que l'ordre public soit seul intéressé, à l'exclusion de tout intérêt privé. Il ne faut pas oublier, cependant, qu'elle statue en une manière spéciale, sans doute ne se montrerait-elle pas plus exigeante si elle reconnaissait au ministère public le pouvoir d'agir d'office dans toutes les autres circonstances d'ordre public, mais il semble, justement, qu'elle ne le fait pas.

L'arrêt du 14 juin 1921 (D. 1922, 1, 24) n'est guère expli-

cite; il déclare irrecevable l'appel du ministère public contre une décision relative à une instance en résolution de vente d'immeuble mis sous séquestre. La Chambre des requêtes motive sa décision par le fait que le ministère public n'avait pas été partie principale en première instance, ce qui veut dire qu'il n'aurait pu l'être, car il suffit que le ministère public soit qualifié pour agir en première instance pour qu'il puisse faire appel, même s'il s'est borné à conclure comme partie jointe. On n'en peut rien conclure dans un sens ni dans l'autre, car, outre qu'il n'y avait aucun texte spécial autorisant le ministère public à agir dans ce cas, le litige était d'ordre purement privé.

L'arrêt du 25 novembre 1931 (G. P., 1932, 1, 179) est plus significatif. Il admet un pourvoi formé par le procureur général près la Cour de cassation contre un jugement de tribunal civil statuant au fond sur le mérite d'une demande d'attribution de pension d'ascendant, mais il l'a rejeté parce qu'il y a excès de pouvoir et qu'en vertu de la loi du 27 ventôse an VIII (art. 80), le procureur général est qualifié pour agir. Le pouvoir de former le pourvoi pour excès de pouvoir n'appartient qu'au procureur général près la Cour de cassation, par conséquent, dans l'espèce, la question du droit d'action du ministère public en général se se posait pas, cependant la Chambre des requêtes déclare « qu'aux termes des lois des 24 août 1790 et 20 avril 1810, le ministère public, en matière civile, agit non par voie d'action, mais par voie de réquisition, qu'il n'est chargé de poursuivre l'exécution des jugements que dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ».

A en juger par cet attendu, c'est pour le système restrictif que la Chambre des requêtes se prononce maintenant.

Citons encore quelques jugements et arrêts qui s'inspirent des récentes décisions de la Chambre civile.

Un jugement du tribunal de la Seine du 18 décembre 1917 attribue au ministère public le rôle de défendeur dans une instance en contestation de nationalité française et cela en vertu de l'art. 46 de la loi de 1810 (Chunet, 1918, p. 687).

Un jugement du tribunal de Grenoble du 19 novembre 1924

(Clunet, 1925, p. 1000) attribue le même rôle au ministère public dans les instances en déclaration d'acquisition de nationalité française.

Un arrêt de Colmar du 22 octobre 1929 met le ministère public hors de cause dans une affaire n'intéressant pas l'ordre public français mais lui reconnaît le droit d'action « lorsque l'ordre public se trouve être directement et principalement intéressé ».

Un arrêt d'Alger du 29 mai 1937 (D. 1938, 2, 83) déclare qu'en matière de nationalité, « le contradicteur légitime est le ministère public qui, aux termes de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, peut prendre part, comme partie principale, à tous les débats où, comme en l'espèce, l'intérêt de la société et l'ordre public sont en jeu » (*Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1931, 121).

Enfin, un jugement d'un tribunal de paix de Paris du 17 novembre 1931 (G. P., 1932, 1, 11) qui s'inspire directement de l'arrêt de la Chambre civile du 4 mai 1931, déclare que le ministère public peut poursuivre devant le juge de paix statuant comme juge des loyers la prononciation de l'amende civile édictée par l'art. 25 de la loi du 1^{er} avril 1926 et cela bien que sa présence devant cette juridiction ne soit pas obligatoire.

Ces différentes décisions révèlent dans la jurisprudence une tendance de plus en plus accentuée à admettre le droit d'action du ministère public dans toutes les circonstances d'ordre public.

Pour compléter cette longue étude de jurisprudence, il reste une question à examiner.

Quand le ministère public a été partie principale dans une instance, il peut, comme toutes les parties, user de toutes les voies de recours contre la décision intervenue, notamment faire appel et se pourvoir en cassation, mais le peut-il lorsque, ayant le droit d'agir comme partie principale, il n'a conclu en première instance que comme partie jointe?

En ce qui concerne l'appel, la question est depuis longtemps résolue par l'affirmative par la jurisprudence et la doctrine (Voir : Merlin, *Rép. Mariage*, S. VI, § 3; Paris,

13 août 1851; Cass. civ., 22 janvier 1862; Orléans, 17 décembre 1860; Paris, 22 février 1861; Req., 28 nov. 1877; Chambéry, 7 février 1885; Cass. belge, 5 mai 1882 : D. 81, 2, 241; Civ., 24 déc. 1901 : S. 1902, 1, 353, et la note de M. Perreau; Civ., 25 octobre 1905 : D. 1906, 1, 337; Civ., 9 mars 1910 : D. 1910, 1, 209, et le réquisitoire de M. le procureur général Beaudoin; Civ., 15 déc. 1924 : G. P., 1925, 1, 5). Les décisions en sens contraire sont rares (Montpellier, 10 mai 1859 : D. 60, 2, 143, et Douai, 9 février 1847 : S. 1847, 2, 392).

Cette solution est contraire à la règle que seules les parties au procès peuvent interjeter appel de la décision intervenue, mais elle se justifie par de nombreuses considérations.

Tout d'abord, elle est conforme à la tradition historique avec la différence que, de nos jours, le ministère public ne peut appeler d'une décision que s'il avait le droit de se porter partie principale en première instance, alors que, dans l'ancien droit, il pouvait faire appel de toutes les décisions sans distinction aucune.

D'autre part et surtout, cette solution se justifie par l'idée que le ministère public défend, non ses propres intérêts, mais les intérêts supérieurs de la société, qu'il ne peut donc en disposer ni les compromettre. Cette idée a d'autres applications. Ainsi, lorsque le ministère public a conclu comme partie principale dans le même sens qu'une décision intervenue, il n'en a pas moins l'exercice des voies de recours (V. Merlin, *Rép.*, loc. cit.).

Le ministère public ne peut pas acquiescer valablement à une décision rendue avec lui, son acquiescement ne le rend donc pas non recevable à exercer les voies de recours (Cass. belge, 5 mai 1881).

Le ministère public peut également exercer les voies de recours contre un jugement dont il a laissé exécuter les dispositions (Nîmes, 6 mai 1861 : D. 62, 2, 17).

La règle que le ministère public peut interjeter appel d'une décision dès lors qu'il pouvait se porter partie principale en première instance complète ces trois propositions.

Ainsi que le dit l'arrêt de la Cour de cassation belge du 5 mai 1881 : « le principe de l'inaliénabilité des droits d'or-

dre public engendre également la faculté attribuée au procureur général d'interjeter appel d'un jugement rendu sur une contestation dans laquelle le ministère public de première instance n'a pas eu recours à l'action directe qui lui était dévolue, l'intérêt général exige, en effet, que le droit de la protection sociale ne se perde pas du fait de celui qui a mission de l'exercer ».

Au surplus, lorsque le ministère public n'use pas de son droit d'agir comme partie principale en première instance, ce n'est généralement pas par négligence ou méconnaissance des intérêts d'ordre public, mais parce que, les parties privées ayant pris l'initiative du procès, il lui suffit de conclure comme partie jointe dans le sens le plus favorable aux intérêts généraux, ce n'est que si la décision intervenue est contraire à l'ordre public et n'est pas attaquée par les parties que son intervention à titre principal devient nécessaire, il faut donc qu'il ait le droit d'appel.

Ajoutons que la règle que seules les personnes ayant été parties au procès peuvent faire appel de la décision intervenue au procès peuvent faire appel de la décision intervenue est une conséquence de la règle du double degré de juridiction, elle empêche que ne soient portées en cause d'appel des demandes et moyens nouveaux n'ayant pas été examinés en première instance. Mais, lorsque le ministère public fait appel d'une décision alors qu'il n'a été que partie jointe, il ne soulève pas de moyens nouveaux, car il n'invoque que des moyens d'ordre public qui ont dû être suppléés d'office par le juge si les parties ne les ont pas proposés, les éléments du procès sont donc en appel les mêmes qu'en première instance et la règle du double degré de juridiction n'est pas violée. Elle le serait s'il était permis au ministère public de formuler en appel une demande nouvelle, mais un arrêt de la Chambre civile du 17 juillet 1907 lui en dénie formellement le droit (D. 1907, 1, 401).

Il semble logique de penser que le ministère public, qui peut faire appel d'une décision intervenue dans une instance à laquelle il ne s'est pas porté partie principale, alors qu'il en avait le droit, peut, dans le même cas et si la décision est

en dernier ressort, se pourvoir en cassation. Cependant, il n'en est pas ainsi, la Cour de cassation déclare que le droit de se pourvoir est réservé aux seules parties en cause et que le ministère public ne peut former un pourvoi que contre les décisions qu'il a provoqués (V. Cass. civ., 5 novembre 1884 : S. 1885, 1, 265; Req., 10 juillet 1900 : S. 1900, 1, 411; Civ., 30 juin 1910 : S. 1912, 1, 33; Civ., 14 juin 1921 : S. 1921, 1, 220).

Cependant, par l'arrêt du 11 mars 1907 (G. P., 1907, 1, 436), la Chambre civile a reconnu au ministère le droit de se pourvoir en cassation contre l'arrêt infirmant le jugement rendu sur sa requête et ordonnant la liquidation d'une congrégation, « alors même que, dans l'espèce, il aurait omis, soit de s'adjoindre par un acte formel à l'appel interjeté par le liquidateur contre le jugement qui a statué sur la tierce opposition, soit de requérir expressément devant la Cour d'appel le maintien du jugement ».

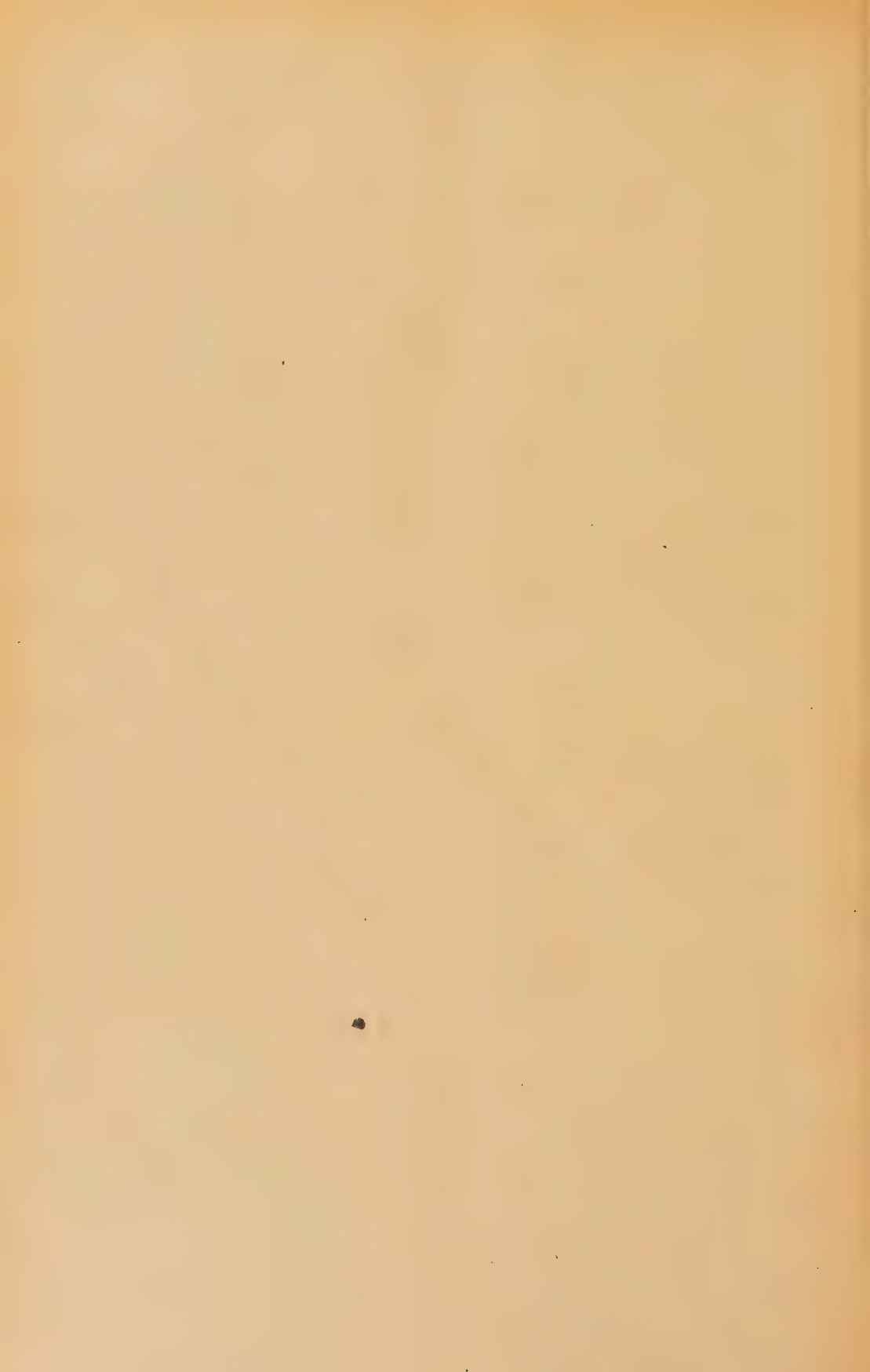
Mais il n'en est ainsi que parce que la loi, « en donnant au ministère public seul le droit de requérir le jugement qui désigne le liquidateur et qui ouvre la liquidation, lui attribue virtuellement le rôle de partie principale et nécessaire pour défendre à la tierce opposition dont ce jugement peut être l'objet ». C'est aussi parce que la loi lui attribue virtuellement le rôle de partie principale et nécessaire aux jugements qui homologuent les comptes du liquidateur d'une congrégation et fixent ses émoluments, que le ministère public peut exercer tous recours contre ces jugements (Civ., 9 mars 1910 : G. P., 1910, 1, 418).

Dans les autres cas, quand le ministère public n'est que partie jointe et non pas virtuellement et nécessairement partie principale, il ne peut se pourvoir en cassation.

Cette solution est inconciliable avec celle qui est admise pour l'appel, car, dans les deux cas, les mêmes arguments militent en faveur du droit du ministère public. La seule raison en est qu'en vertu des art. 80 et 88 de la loi du 27 ventôse an VIII, le procureur général près la Cour de cassation est le seul membre du ministère public qui puisse se pourvoir dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir contre une déci-

sion à laquelle il n'a pas été partie et que la Cour de cassation ne veut pas qu'en agissant en cassation dans l'intérêt de l'ordre public, les procureurs généraux empiètent sur ses attributions (Voir S. 1902, 1, 353, la note de M. Perreau et S. 1912, 1, 33, la note de M. Hugueney).

Cette raison n'est pas décisive, car, si le ministère public pouvait se pourvoir contre une décision contraire à l'ordre public, le pourvoi aurait les mêmes effets que s'il était formé par les parties, c'est-à-dire que la décision cassée le serait à l'égard de tous, alors que le pourvoi du procureur général près la Cour de cassation, s'il est formé dans un intérêt d'ordre public en ce sens qu'il empêche la formation d'une jurisprudence erronée, n'aboutit à redresser une situation contraire à l'ordre public que s'il est fondé sur un excès de pouvoir, s'il est formé dans l'intérêt de la loi ; en effet, la décision cassée conserve autorité de chose jugée entre les parties.



CONCLUSION

Il est nécessaire de reconnaître au ministère public le droit d'agir d'office, hors des cas spécifiés par la loi, pour faire cesser les situations portant à l'ordre public une atteinte exceptionnellement grave.

Après l'examen de la jurisprudence, la question du droit d'action du ministère public en matière civile peut être envisagée telle qu'elle se pose actuellement.

De part et d'autre de la doctrine, on a fait assaut d'arguments afin de prouver que tel système, restrictif ou extensif, était imposé par l'article 46 de la loi du 20 avril 1810.

Aujourd'hui, après de longues hésitations, la jurisprudence, dans sa grande majorité, déclare que la loi de 1810 permet au ministère public d'agir d'office, hors des cas spécifiés par la loi, dans les circonstances d'ordre public, mais elle ne s'attarde plus à démontrer le bien-fondé de cette affirmation.

En fait, le système restrictif est abandonné, parce qu'il ne correspond pas aux nécessités présentes. Il ne tient pas compte du fait que les exigences de l'ordre public sont imprécises et variables et qu'il est impossible au législateur de prévoir toutes les hypothèses dans lesquelles elles peuvent se manifester. En l'absence d'un texte spécial, il ne permet pas l'action d'office dans certains cas où elle se justifie par des considérations aussi sérieuses que celles qui, dans d'autres cas, ont amené le législateur à l'autoriser expressément.

Cependant, si ce système est trop rigide, les considérations auxquelles il fait appel n'en conservent pas moins leur valeur. La stabilité des affaires privées, la tranquillité des individus sont des éléments de l'ordre public et l'action d'office

du ministère public en matière civile y porte atteinte, elle n'est donc nécessaire et admissible que dans les cas, spécifiés ou non, dans lesquels sont en jeu des intérêts supérieurs dont la défense importe plus à la société que le respect des intérêts particuliers.

Le problème qui se pose est donc celui des limites du droit d'action du ministère public, hors des cas spécifiés par la loi.

Tout d'abord, il est hors de doute que le ministère public ne peut pas intervenir dans les affaires d'ordre purement privé, car, seule, la notion d'ordre public explique et justifie son droit d'action.

Il ne peut poursuivre l'application des lois interprétatives ou supplétives de la volonté individuelle.

Il ne peut non plus poursuivre la nullité des actes dérogeant aux règles de protection des incapables, tout au moins s'il s'agit d'une nullité relative; en effet, ces règles intéressent l'ordre public, les actes ayant pour objet la renonciation à leur bénéfice sont nuls de nullité absolue, dite d'ordre public, mais les actes qui ne font que les méconnaître ne portent atteinte qu'aux intérêts particuliers de l'incapable et leur nullité est simplement relative et d'ordre privé.

D'autre part, si le ministère public ne peut agir d'office que dans les cas intéressant l'ordre public, le peut-il du moins dans tous ces cas?

En d'autres termes, l'action d'office est-elle possible dès lors que, au sens auquel on l'entend généralement, c'est-à-dire du point de vue de l'article 6 du Code civil, l'ordre public est en jeu?

S'il en était ainsi, c'est à juste titre que l'on pourrait redouter l'immixtion du ministère public dans toutes les affaires privées, car l'ordre public a, en matière civile, un domaine extrêmement large et imprécis et il n'est guère d'hypothèses dans lesquelles on ne puisse dire qu'il est intéressé à quelque degré que ce soit.

Le ministère public lui-même, s'il avait à poursuivre la nullité de tout acte contraire à l'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil et le redressement de toute situation portant atteinte à ce même ordre public, trouverait ses préro-

gatives bien pesantes et les tribunaux ne suffiraient pas à juger les causes dans lesquelles il serait partie, « sa tâche serait surhumaine et singulièrement indiscreète » (Vareilles-Sommières).

Mais nous avons vu qu'en doctrine les partisans du système extensif ne prétendent généralement pas qu'il en soit ainsi et que ce n'est sous certaines réserves qu'ils déclarent possible l'action du ministère public dans les circonstances d'ordre public.

Il en est de même de la jurisprudence, tout au moins de certaines Cours, comme la Cour de Paris et surtout la Chambre civile, le fameux arrêt du 17 décembre 1913 déclare : « Le droit d'action ne s'explique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte sans léser aucun intérêt rival ».

On a parfois reproché à la Chambre civile de défendre un système intermédiaire et de s'écarter ainsi du texte de la loi du 20 avril 1810 qui, en admettant qu'il permette au ministère public de poursuivre par voie d'action l'exécution des dispositions intéressant l'ordre public, vise toutes ces dispositions quelles qu'elles soient et sans distinction aucune.

Ce reproche peut être facilement réfuté, car ce n'est pas parmi les dispositions intéressant l'ordre public que vise l'article 46 de la loi de 1810 qu'il faut faire une distinction, mais entre celles-ci et celles que l'article 6 du Code civil qualifie de même manière et avec lesquelles elles ne peuvent être identifiées.

Certes, si les unes et les autres de ces dispositions sont dites « d'ordre public », c'est parce que l'ordre public exige qu'elles s'appliquent de manière impérative, qu'elles triomphent de la volonté des particuliers si elles sont en conflit avec celle-ci, mais elles sont impératives à des degrés différents et les conflits dans lesquels elles triomphent ne se présentent pas sous le même aspect,

Du point de vue de l'article 6 du Code civil, sur le terrain du droit civil les règles d'ordre public sont celles auxquelles les particuliers ne peuvent déroger par convention ou de façon

plus générale par acte juridique, parce que cette dérogation porterait atteinte à l'ordre public. Quelle est la sanction de cette prohibition? L'acte qui porte atteinte à l'ordre public est nul et privé d'effet, tout intéressé peut se prévaloir de sa nullité devant les tribunaux, soit par voie d'action, soit par voie d'exception; le juge doit lui refuser toute valeur juridique.

Mais là se bornent les exigences de l'ordre public, si les parties intéressées ne saisissent pas la justice et préfèrent laisser l'acte contraire à l'ordre public produire tous ses effets, bien que, juridiquement, il soit nul, la volonté individuelle prévaut en pratique.

Le ministère public pourrait-il alors intervenir, user du droit des parties intéressées à leur place et même contre leur gré et leur imposer, par l'intermédiaire des tribunaux, le respect de l'ordre public?

Ce serait une sanction singulièrement énergique.

Déjà, du point de vue de l'article 6, l'ordre public n'exige pas que toutes les dispositions légales soient impératives, car très souvent la volonté individuelle répond aux problèmes divers qui se posent dans la vie courante mieux que ne saurait le faire une loi générale et abstraite, le principe de l'autonomie de la volonté correspond dans une certaine mesure aux nécessités sociales, ce n'est que lorsqu'il leur est contraire que la loi cesse d'être interprétative ou supplétive pour s'imposer de manière absolue.

Du point de vue de l'art. 46 de la loi de 1810, le problème est encore plus grave, car il s'agit, non plus de permettre à des particuliers de demander l'annulation d'un acte juridique, mais de permettre au ministère public d'intervenir dans les affaires privées en déclenchant lui-même le procès.

Or, cette intervention porte atteinte, non seulement au principe de l'autonomie de la volonté, mais surtout à la tranquillité des individus qu'elle entraîne devant les tribunaux et dont la situation de fait risque d'être bouleversée, elle déclenche un procès qui est un élément de trouble social et l'on peut dire qu'elle est elle-même dangereuse pour l'ordre public. Il se peut, cependant, qu'elle soit nécessaire et salu-

taire parce qu'il s'agit de faire cesser une situation qui porte à l'ordre public une atteinte beaucoup plus grave que celle qui résulte du déclenchement du procès, à l'encontre de la volonté et des intérêts des particuliers; dans cette mesure seulement elle doit être possible, car les paroles de Portalis sont toujours vraies. « Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscreètes d'un délit ancien, obscur ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même ».

Tout se ramène donc à une comparaison des intérêts en jeu et, du point de vue de l'article 46, les dispositions d'ordre public ne sont que celles dont l'ordre public exige que l'exécution soit poursuivie par le ministère public, l'intervention du ministère public n'est possible que lorsqu'il doit en résulter un bénéfice pour l'ordre public, lorsqu'elle ne constitue pas un remède pire que le mal.

Qu'une disposition soit d'ordre public du point de vue de l'article 6 du Code civil, cela n'entraîne donc pas nécessairement qu'elle le soit du point de vue de l'article 46 de la loi de 1810. Cette relativité de la notion d'ordre public n'a rien qui puisse surprendre.

Du point de vue de l'article 6, tout acte juridique contraire à l'ordre public est absolument nul et privé d'effet, c'est là le principe, mais, en pratique, il faut tenir compte des nécessités sociales, or, il peut arriver que celles-ci exigent que l'acte conserve une certaine valeur et ne soit privé d'effet que dans une certaine mesure, parce qu'un retour sur les faits réalisés est lui-même contraire à l'ordre public.

C'est ainsi que l'acte peut être annulé entièrement ou seulement dans certaines clauses, qu'il peut être annulé rétroactivement ou seulement privé d'effet pour l'avenir, soit parce qu'il est matériellement impossible de revenir sur ce qui a été fait, soit parce que l'on applique la règle « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ».

C'est ainsi encore que, dans certains cas, l'action en nullité est rendue impossible par une confirmation ou la prescription ou que l'acte nul doit s'exécuter parce que l'exception de nullité est inopposable à certaines personnes.

La notion d'ordre public, relative en droit civil, l'est encore plus suivant les domaines dans lesquels elle intervient.

En procédure, si l'on écarte la question du rôle du ministère public, cette notion apparaît sous le même aspect qu'en droit civil. En effet, si les moyens touchant à l'ordre public doivent être soulevés d'office par le juge si les parties négligent de les faire valoir, s'ils peuvent être invoqués par toutes les parties en cause, si la Cour de cassation, devant laquelle ils peuvent être présentés pour la première fois, peut les suppléer d'elle-même, c'est que les parties privées qui, en principe, dirigent les débats et en délimitent le champ, ne peuvent y renoncer et éviter ainsi l'application de règles et de principes auxquels elles ne pourraient déroger par acte juridique ou de certaines règles de procédure que l'on considère comme essentielles à l'organisation de la justice.

En procédure, comme en droit civil, la notion d'ordre public suppose donc un conflit entre la volonté privée et une règle légale et son champ d'application est sensiblement le même.

Il n'en est pas de même sur le terrain des conflits de loi, en droit international privé par exemple. La notion d'ordre public sert alors à affirmer la prééminence d'une règle de droit française sur une loi étrangère, le conflit dans lequel elle intervient n'a donc pas le même aspect qu'en droit civil interne, il oppose les nécessités de l'ordre public et celles de la vie internationale et les règles de droit qui s'appliquent à l'exclusion de toute loi étrangère ne sont pas les mêmes que celles que, du point de vue de l'article 6, l'on considère comme étant d'ordre public.

En fait, que l'on traduise les mots ordre public par intérêt social ou par ordre dans les rapports sociaux, il n'y a qu'un ordre public, mais pour dire que l'ordre public est en jeu, on peut se placer à divers points de vue.

La notion d'ordre public n'est invoquée que pour traduire la supériorité d'une loi, expression de la nécessité sociale, sur une autre source de droit, volonté individuelle ou autre loi; elle ne sert donc qu'à trancher un conflit en faveur de la loi qui est alors dite d'ordre public, mais, s'il y a possibilité de

conflit, c'est que les nécessités sociales exigent qu'une certaine autorité soit reconnue à l'autre source de droit. En définitive, une loi ou un principe sont dits d'ordre public lorsque, dans un conflit donné, ils répondent à la nécessité sociale la plus impérieuse.

Il n'y a donc pas un ordre public différent en droit civil, en procédure ou en matière de conflits de lois, mais il y a des exigences différentes de l'ordre public parce que les nécessités sociales en jeu ne sont pas les mêmes et que les éléments du conflit sont différents.

Revenant à l'article 46 de la loi de 1810, dans quels cas l'ordre public exige-t-il que le ministère public puisse agir d'office ?

Il est impossible d'énumérer ces cas, car tout l'intérêt de la notion d'ordre public réside dans sa souplesse et sa variabilité, mais on peut au moins essayer de les caractériser grâce à des indications fournies par certains textes.

Pour repousser le système extensif, ses adversaires tirent argument du fait que, bien que la loi du 16 août 1790, article 5, titre VIII, le charge de poursuivre d'office l'exécution des jugements dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public, on n'a jamais reconnu au ministère public le droit de faire exécuter d'office tous les jugements dont les dispositions touchent à l'ordre public, de quelque manière que ce soit et dont les bénéficiaires restent inactifs.

Ce droit n'existe que relativement à certaines décisions, dont aucun particulier n'a intérêt à réclamer l'exécution et qui, intéressant exclusivement l'ordre public, resteraient lettre morte sans l'intervention du ministère public. La distinction est d'ailleurs suggérée par le texte lui-même qui vise, d'une part, les dispositions qui intéressent l'ordre public, d'autre part, celles qui intéressent les particuliers.

Or, la loi de 1810 charge le ministère public de poursuivre d'office l'exécution des lois, arrêts et jugements dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, par conséquent, disent les adversaires du système extensif, si on ne reconnaît au ministère public le droit d'agir d'office pour faire exécuter toutes les dispositions de loi intéressant l'ordre public,

il faut lui reconnaître le même droit en ce qui concerne les jugements et l'on ne saurait y songer.

Mais s'agit-il de permettre au ministère public de poursuivre d'office l'exécution de toutes les dispositions de loi intéressant l'ordre public, de quelque manière que ce soit ? Ne peut-on justement faire entre celles-ci une distinction analogue à celle que l'on fait pour les jugements ?

En 1862, le conseiller Laborie déclarait devant la Chambre civile (D. 1862, 1, 20) :

« Le ministère public n'aura le droit d'agir d'office que lorsqu'il s'agira de poursuivre l'exécution des lois, de même que celle des jugements et arrêts, dans les dispositions qui intéressent directement l'ordre public, dans celles où l'intérêt public prédomine exclusivement, dans celles, en un mot, qui, intéressant l'ordre public avant tout et par-dessus tout, resteraient inefficaces et sans exécution si l'ordre public n'avait pas un représentant autorisé, un mandataire ayant mission d'agir pour lui. »

Dans le même sens, les arrêts de la Chambre civile de 1862 et de 1913 déclarent que l'action du ministère public n'est possible que lorsque l'ordre public est seul lésé, à l'exclusion de tout intérêt rival, mais, dans son arrêt du 12 mai 1920, la Chambre des requêtes a formellement abandonné cette exigence, qui semble excessive.

La question se pose, en effet, de manière un peu différente pour l'exécution des jugements et pour celle des lois.

Généralement, lorsqu'un particulier provoque une décision judiciaire, ce n'est pas dans le désir désintéressé de faire triompher la loi, mais bien pour en tirer un bénéfice personnel, de sorte qu'il est rare qu'il ne la fasse pas exécuter.

Au contraire, en ce qui concerne l'exécution des lois, les particuliers qualifiés pour agir hésitent souvent à déclencher un procès et il est des cas où l'on ne peut s'en remettre à eux du soin de faire appliquer la loi.

Il faut donc permettre au ministère public d'agir d'office, non seulement dans les cas où l'ordre public est exclusivement en jeu, mais encore dans ceux où il est engagé de ma-

nière primordiale, où il prédomine à un tel point qu'auprès de lui les intérêts privés paraissent négligeables.

D'autre part, quant aux matières dans lesquelles peut s'exercer l'action d'office du ministère public, l'article 83 du Code de procédure civile semble fournir une indication. Ce texte est ainsi conçu :

« Seront communiquées au procureur du Roi les causes suivantes :

« 1° Celles qui concernent l'ordre public, l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics, les dons et legs au profit des pauvres;

« 2° Celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles;

« 3° Les déclinatoires sur incompétence;

« 4° Les règlements de juges, les récusations et renvois pour parenté et alliance;

« 5° Les prises à partie;

« 6° Les causes des femmes non autorisées par leurs maris, ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal; les causes des mineurs, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur;

« 7° Les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes.

« Le procureur du Roi pourra néanmoins prendre communication de toutes les causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire; le tribunal pourra même l'ordonner d'office ».

L'article 83, en visant dans des dispositions distinctes les causes qui concernent l'ordre public et celles qui concernent les matières que, comme l'état des personnes, on considère comme étant d'ordre public du point de vue de l'article 6 du Code civil, semble exclure ces matières du domaine de l'ordre public en procédure.

Certains auteurs ont, cependant, prétendu que l'article 83 comprenait dans les causes qui concernent l'ordre public toutes celles que, par la suite, il énumère, mais le texte ne se prête guère à cette interprétation.

Il est vrai que, si le législateur a ordonné la communication au ministère public de toutes les causes qu'il énumère, c'est qu'il a obéi à des considérations d'intérêt général, notamment au désir d'éviter que les parties ne fassent sous le couvert du procès les conventions prohibées par l'article 6 du Code civil. Mais il est vrai aussi que les pouvoirs du ministère public comme partie jointe peuvent être très larges parce qu'ils ne présentent pas le même danger que ses pouvoirs comme partie principale.

La distinction entre les causes qui concernent l'ordre public et celles qui y sont étrangères n'a, en outre, pas de portée réelle quant à l'application de l'article 83, puisque, dans les unes et les autres, le ministère public peut ou doit intervenir.

Quoi qu'il en soit, les mots ordre public ont, dans l'article 83 du Code de procédure civile, un sens beaucoup plus restreint qu'ils n'ont dans l'article 6 du Code civil et il doit en être de même dans l'article 46 de la loi de 1810 qui, lui aussi, traite des attributions du ministère public en matière civile.

La Cour de Paris, lors de l'affaire Vergniol, déclarait : « Il suffit de lire l'article 83 du Code de procédure civile pour voir qu'il ne faut pas confondre les matières où les intérêts privés se trouvent mêlés à l'intérêt public avec celles où l'intérêt public domine exclusivement et qui seules autorisent l'action d'office du ministère public » (D. 1852, 2, 113).

Mais des indications plus intéressantes encore nous sont fournies par l'étude des cas spécifiés par la loi.

Les partisans du système restrictif déclarent que l'action d'office du ministère public n'est autorisée par l'article 46 de la loi de 1810 que dans les seuls cas spécifiés par la loi parce que, dans ces cas seulement, elle est nécessaire à la défense de l'ordre public. Ce n'est pas absolument exact, car, d'une part, la loi n'a pas prévu tous les cas dans lesquels l'ordre public exige impérieusement que le ministère public puisse agir d'office, d'autre part, dans certains cas spécifiés, ce n'est pas l'ordre public qui est pris directement en considération, mais l'intérêt particulier d'individus incapables ou insuffisamment défendus.

Cependant, dans la plupart des cas, la spécification légale est motivée par des considérations d'ordre public particulièrement graves, le ministère public agit, selon l'expression de la Chambre civile, à l'occasion de faits qui portent une grave atteinte à l'ordre public.

Mais cette atteinte est, non seulement grave, mais évidente et en quelque sorte matérielle, elle résulte d'une situation juridique en elle-même dangereuse pour l'intérêt public.

Ainsi, en matière de nullité de mariage, le ministère public n'est pas chargé d'agir seulement parce qu'un acte de mariage est contraire à une disposition impérative de la loi, mais parce que la situation même des époux unis malgré l'existence d'un lien de parenté ou d'un précédent mariage de l'un d'eux est scandaleuse et dangereuse pour l'ordre public.

Cela se manifeste de plusieurs manières. Il existe certaines fins de non-recevoir à l'action en nullité de mariage, résultant, par exemple, de la mort de l'un des époux ou de ce qu'un époux impubère a atteint depuis six mois l'âge compétent, la survenance de ces faits n'empêche pas que l'acte du mariage reste en lui-même vicié, mais la situation créée perd son caractère scandaleux, il n'y a donc plus d'intérêt à accueillir l'action en nullité. D'autre part, on reconnaît généralement au ministère public la faculté d'apprécier l'opportunité de sa poursuite, justement parce que la situation résultant d'un mariage contracté en violation d'une disposition d'ordre public n'est pas toujours dangereuse pour l'ordre public à un point qui rende cette poursuite nécessaire.

Quand un acte entaché d'un vice d'ordre public ne crée pas une situation contraire à l'ordre public, ses effets étant limités aux rapports des parties, l'atteinte à l'ordre public ne serait réelle et évidente que si le juge reconnaissait une valeur juridique à l'acte vicié.

Ainsi, la vente d'une maison de tolérance est considérée comme un acte immoral, mais cet acte ne crée pas une situation contraire à l'ordre public, celui-ci n'étant pas plus gravement atteint parce que ladite maison appartient à un individu plutôt qu'à un autre.

Au contraire, la création d'une société de contrebande est un acte illicite d'où résulte une situation éminemment dangereuse pour l'ordre public; l'exercice par certains individus d'une activité préjudiciable aux intérêts généraux, à laquelle on conçoit que le ministère public puisse mettre fin en poursuivant la dissolution de la société.

De même, si le ministère public est chargé de poursuivre la dissolution des syndicats ou d'associations irrégulièrement constitués, ce n'est pas uniquement parce que l'acte de constitution est irrégulier, mais parce que l'on présume qu'une association ou un syndicat illicite se livre à une activité dangereuse.

L'action du ministère public ne se manifeste-t-elle pas de la même façon dans les cas non spécifiés dans lesquels elle a été accueillie en pratique?

Les raisons pour lesquelles le ministère public peut poursuivre l'annulation d'un mariage illégal lui permettent également de s'opposer à la célébration de ce mariage, avec cette différence qu'il y a un intérêt plus grand à empêcher que soit créée une situation contraire à l'ordre public qu'à mettre fin à cette situation.

En matière de déchéance de nationalité, également, ce qui justifie l'action du ministère public c'est que la nationalité française a été attribuée à un individu indésirable dont l'activité peut constituer un danger pour la communauté nationale. D'ailleurs, la loi du 10 août 1927 a attribué expressément au parquet le droit de provoquer la déchéance de nationalité de certains individus se trouvant dans des situations spéciales et, si les lois récentes n'ont pas fait de même, c'est pour organiser une procédure de déchéance plus rapide et plus énergique.

Le droit d'action d'office du ministère public ne doit donc s'exercer que pour mettre fin à une situation contraire à l'ordre public et l'ordre public, à ce point de vue, apparaît comme assez concret et se rapproche de l'ordre public tel qu'on le conçoit en droit public au sens de tranquillité, de paix publiques.

D'autre part, le fait qu'il existe une situation contraire à

l'ordre public ne suffit pas à justifier l'action d'office du ministère public.

La situation d'un individu qui, par exemple, se prévaut d'une filiation qui n'est pas la sienne, est contraire à l'ordre public et pourtant on ne reconnaît pas au ministère public le droit de contester cette filiation.

C'est que la situation, pour donner lieu à l'action d'office, doit porter atteinte directement à l'ordre public et, sinon à l'exclusion de tout intérêt privé, du moins principalement, de manière prédominante.

Il en sera ainsi, tout naturellement, lorsque les rapports de droit existeront essentiellement entre l'Etat, personnifiant la société, et un individu ou une personne morale, donc dans des matières qui touchent au droit public.

Ainsi, la nationalité est considérée comme matière de droit civil en ce sens qu'elle est un élément de l'état des personnes dont découlent des droits civils, mais les règles sur l'état des personnes ne font que déterminer, le plus exactement possible, cet état, elles ne le créent pas, elles le constatent, tandis que l'Etat attribue souverainement la nationalité française à certaines personnes nées dans telles circonstances ou remplissant telles conditions, leur conférant ainsi des droits publics et les soumettant à des obligations, et cela touche à l'organisation politique du pays. Dans ses arrêts de 1924 et 1925, la Chambre civile a déclaré expressément que les lois sur la nationalité relèvent du droit public (Voir également : Chambres réunies, 10 février 1921 : S. 1921, 1, 113).

De même, les lois qui s'appliquent aux associations, aux congrégations religieuses ou aux syndicats n'ont pas pour seul objet de réglementer leur activité, elles leur attribuent la personnalité morale à certaines conditions et, si elles le font, c'est dans la mesure où l'organisation politique de l'Etat le permet.

En matière d'accidents du travail, enfin, la législation, si

elle prend directement en considération les intérêts privés des ouvriers, a un but économique et social et touche au droit public.

Dans toutes ces matières, des intérêts privés peuvent être en jeu, mais ils ne le sont qu'accessoirement et le ministère public, représentant de l'Etat et de la société, apparaît logiquement comme le seul qualifié pour agir.

En matière purement civile, au contraire, des intérêts privés eux-mêmes fort importants sont en jeu et la prédominance de l'intérêt public et, par suite, la possibilité de l'intervention du ministère public, sont exceptionnelles.

L'action d'office ne se justifie en matière privée que dans les cas où ne peut être tolérée l'inaction des parties intéressées.

Il en est ainsi en matière d'opposition et de nullité de mariage, les intérêts privés des familles sont en jeu, mais l'atteinte que leur porte l'intervention du ministère public est moins préjudiciable à l'ordre public que le scandale résultant de la célébration ou de l'existence d'une union prohibée par la loi.

De même, en matière de protection des incapables, les règles d'organisation de cette protection, si elles intéressent directement les incapables, sont dictées par des considérations d'ordre public et on ne saurait admettre qu'elles puissent être violées sans recours possible de la part du représentant de cet ordre public. On conçoit fort bien que le ministère public puisse agir dans le cas où, par exemple, un conseil de famille serait nommé sans qu'il soit tenu compte des prescriptions de la loi. Pour les mêmes raisons, la loi charge le parquet de provoquer l'interdiction pour cause de fureur.

Mais il faut remarquer que, dans ces matières, l'Etat intervient activement par l'intermédiaire de l'officier de l'état civil, qui célèbre le mariage ou des tribunaux qui surveillent l'application des règles de protection des incapables et pro-

noncent l'interdiction, l'action d'office du ministère public, représentant de l'Etat, n'est que la conséquence logique de cette intervention.

Dans les matières purement privées, dans lesquelles l'Etat ne participe pas à la formation des rapports de droit, l'ordre public peut être intéressé du point de vue de l'article 6 du Code civil, mais cela ne justifie pas l'action d'office du ministère public parce que des intérêts privés qu'il importe de respecter, prédominent.

Il en est ainsi, nous l'avons vu, en matière d'état des personnes, qui intéresse essentiellement l'honneur et le repos des familles.

Il en était ainsi, en principe, et jusqu'à présent, en matière patrimoniale, la liberté des transactions paraissant nécessaire à la vie économique. Mais, dans ce domaine, il faut maintenant tenir compte de l'interventionnisme croissant de l'Etat qui s'est manifesté récemment par la loi du 16 novembre 1940, laquelle charge le ministère public de faire constater la nullité de toute opération immobilière non autorisée par le préfet.

En matière patrimoniale, le domaine de l'ordre public tend à s'élargir de plus en plus, il est toujours plus restreint du point de vue de l'article 46 de la loi de 1810 que du point de vue de l'article 6 du Code civil, mais cette différence s'atténue.

C'est ainsi que l'on conçoit fort bien le ministère public demandant l'annulation d'une convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeuble ou d'une cession de fonds de commerce (Voir : Rennes, 26 octobre 1926 : G. P., 1927, 1, 41), ou d'une stipulation de paiement en valeur or ou en valeurs étrangères.

En bref, le ministère public peut agir d'office et agit hors des cas spécifiés par la loi pour mettre fin à toute situation portant directement et principalement atteinte à l'ordre public.

De telles situations sont, en matière civile, exceptionnelles, mais le domaine de l'ordre public s'élargissant, l'interventionnisme de l'État s'affirmant très nettement, il est hors de doute que le ministère public agira, par voie d'action, dans des cas de plus en plus nombreux.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,
Le Doyen de la Faculté des Sciences,
chargé des fonctions
de Recteur de l'Académie de Paris :
MAURAIN.

VU,
Pour le Doyen, l'Assesseur :
Gilbert GIDEL.

VU,
Le Président de la thèse :
LA MORANDIERE.

BIBLIOGRAPHIE

- ALGRAVE. — *Action du ministère public en matière civile*, Paris, 1868.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*.
- BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. — *Traité théorique et pratique de droit civil. Des personnes*.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil*.
- CAPITANT. — *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1912.
- COLIN et CAPITANT. — *Droit civil français*, 9^e éd., avec la collaboration de M. Julliot de la Morandière.
- DEBACQ. — *De l'action du ministère public en matière civile*, Paris, 1882.
- DELVINCOURT. — *Cours de Code civil*.
- DEMOGUE. — *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*.
- DUGUIT. — *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*, Paris, 1901.
- FRÈREJOUAN DU SAINT. — *Du ministère public*, Angers, 1875.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure*.
- GÉNY. — *Science et technique en droit privé positif. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1889.
- GLASSON et TISSIER. — *Traité théorique et pratique de procédure*.
- JAPIOT. — *Traité élémentaire de procédure* : Revue trimestrielle de dr. civ., 1915, p. 207.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours pour le Doctorat*, Paris, 1932-1933.
— *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, 1939, p. 381 : *L'ordre public en droit privé interne*.
- Conseiller LABORIE. — *Rapport pour les arrêts du 22 janvier 1862* : D. 1862, 1, 5.
- LAFONTAINE. — *Revue critique*, 1862, p. 385.
- LAURENT. — *Principes du droit civil français*.

- LYON-CAEN. — *Revue critique*, 1867, p. 90.
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code civil*.
- MARMION. — *Etude sur les lois d'ordre public*, thèse Paris, 1924.
- MASSABIAU. — *Manuel du ministère public*, Paris, 1876-1885.
- MERLIN. — *Répertoire*.
- MOREL. — *Traité élémentaire de procédure civile*.
- ORTOLON et LEDEAU. — *Le ministère public en France*, Paris, 1831.
- PÉRIER. — *Revue critique*, 1865, p. 210.
- PERREAU. — Note au S. 1902, 1, 353, sous Cass. civ., 24 déc. 1901.
- PILLET. — *Manuel de droit international privé*, Paris, 1921.
— *De l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1890.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, note au D. 1906, 1, 337, sous Cass. civ., 25 octobre 1905.
- Conseiller RENAULT D'UBEXI. — *Rapport pour l'arrêt du 21 novembre 1860*: D. 60, 1, 473.
- SCHENCK. — *Traité sur le ministère public*, 1813.
- SOLUS. — *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, p. 769.
- SURVILLE. — *Cours de droit civil*.
- VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Paris, 1889.
- W. L. — Note au D. 1908, 2, 33, sous Grenoble, 12 juillet 1904.
- WAHL. — Note au Sirey, 1913, 2, 33, sous Dijon, 19 juillet 1910.

TABLE DES MATIERES

Introduction	5
L'action d'office du ministère public dans l'ancien droit.	13
L'action d'office du ministère public dans le droit inter- médiaire jusqu'à la loi de 1810	21
L'action d'office du ministère public dans les cas spéci- fiés par la loi.	
SECTION I	29
SECTION II	40
L'alinéa 2 de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810.	63
SECTION I. — Le système restrictif	64
SECTION II. — Le système extensif	74
La jurisprudence	91
Conclusion	131

Imprimerie Spéciale des Editions DOMAT-MONTCHRESTIEN.
